SCHULDNER- UND GLÄUBIGERVERZUG IM ARBEITSVERHÄLTNIS

HENNING SCHROEDER

1971

SCHULDNER- UND GLÄUBIGERVERZUG IM ARBEITSVERHÄLTNIS

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Henning Schroeder
aus Kassel

1971

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Boldt
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Heldrich
Dekan: Prof. Dr. Kiefner
Tag der mündlichen Prüfung: 18.10.1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSÜBERSICHT

INHALTSÜBERSICHT	I
INHALTSVERZEICHNIS	II - XIII
SCHRIFTTUMSÜBERSICHT	XIV - XXXI
AUSFÜHRUNGEN	1 - 207

§§ ohne besondere Bezeichnung sind in der gesamten Abhandlung solche des BGB

INHALTSVERZEICHNIS

A Einleitung: Zweck, Problemlagen und Grenzen der Untersuchung 1

I. Das Ziel der Untersuchung 1

II. Gründe für eine gemeinsame Behandlung von Gläubiger- und Schuldnerverzug 1

III. Problemlagen 4

1. Beim Gläubigerverzug im Arbeitsverhältnis 4

2. Beim Schuldnerverzug im Arbeitsverhältnis 5

IV. Grenzen des Themas 6

V. Aufbaufragen 6

B Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Verzugsbestimmungen des BGB auf das Arbeitsverhältnis 8

I. Systematischer Überblick 8

II. Die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf das Arbeitsverhältnis 9

1. Anwendbarkeit der §§ 284 ff. und 293 ff. 9

2. Anwendbarkeit des § 615 10

3. Anwendbarkeit der §§ 322 Abs. 2, 324 Abs. 2 sowie 326, 327 11

C Die für das Arbeitsrecht maßgebenden Grundlagen der bürgerlichrechtlichen Verzugsregelung 15

I. Vorbemerkung 15

II. Rechtsgeschichtliche Bemerkungen 15

1. Die Behandlung des Verzugs im römischen und gemeinen Recht 16

2. Der Übergang zum BGB 17

III. Das Pflichtengefüge des allgemeinen Schuldrechts 18

1. Der Begriff "Leistung" 19

a) Seine Bedeutung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch 19

b) Seine Deutung im Gesetz und im Rechtsleben 19

2. Die Bedeutung der Unterscheidung einzelner Gruppen von Leistungspflichten 22

a) Die herkömmlichen Einteilungen 22

aa) Die Einteilung nach dem zeitlichen Rang 22

aaa) Primäre Leistungspflichten 22

bbb) Sekundäre Leistungspflichten 24

bb) Die Einteilung nach dem sachlichen Rang 24

aaa) Der Unterschied dieser Einteilung zur Einteilung nach dem zeitlichen Rang 24

bbb) Hauptpflichten und Nebenpflichten 25

(1) Die Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten 25

(2) Die Unterteilung der Leistungspflichten in "Hauptleistungspflichten und "Nebenleistungspflichten" 26

(a) Unterscheidung nach der Bedeutung der Pflicht für die Zugehörigkeit des Schuldverhältnisses zu einem bestimmten Vertragstyp 27

(b) Unterscheidung nach der Zugehörigkeit der Pflicht zum Synallagma 28

(3) Die Aufteilung von Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten aus dem Gesichtspunkt der Klagbarkeit 29

ccc) Nebenpflichten und Obliegenheiten 29

cc) Die Möglichkeit abweichender Einteilungen 30

b) Kritische Würdigung dieser Einteilungen insbesondere hinsichtlich ihrer Bedeutung für Leistungs- und Obliegenheitsverzögerungen im Arbeitsrecht 31

aa) Die Bedeutung der Einteilung nach dem zeitlichen Rang 31

bb) Die Bedeutung der Einteilung nach dem sachlichen Rang 32

(1) Vorteile 32

(a) Erkennbarkeit und isolierte Betrachtungsmöglichkeit der Nebenpflichten 32

(b) Klarheit über die in das Synallagma aufzunehmenden Pflichten 32

(c) Tatbestandliche Anknüpfung der positiven Vertragsverletzung 32

(2) Nachteile 32

(a) Begriffliche Überschneidungen 32

(b) Verzerrung der Bedeutung bestimmter Pflichten 33

(c) Unklarheit über die rechtlichen Wirkungen von Nebenpflichtverletzungen 33

(3) Konsequenzen 34

(a) Ausschließlicher Gebrauch des Begriffspaares "Leistungspflicht - Nebenpflicht" 35

(b) Keine Unterscheidung der Nebenpflichten nach der Klagbarkeit 35

(c) Beibehaltung der Unterscheidung von Nebenpflichten und Obliegenheiten 36

IV. Wesen und Grenzen des Schuldnerverzugs im BGB 37

1. Allgemeine Bemerkungen zum Tatbestand 37

2. Die Auslegung des Leistungsbegriffs im Schuldnerverzugsrecht 40

3. Abgrenzung zu anderen Leistungsstörungen 41

a) Schuldnerverzug und objektive Unmöglichkeit 41

(1) Verhältnis zur anfänglichen objektiven Unmöglichkeit 42

(2) Verhältnis zur nachträglichen objektiven Unmöglichkeit 42

(3) Eintritt der Unmöglichkeit während des Schuldnerverzugs 43

b) Schuldnerverzug und subjektive Unmöglichkeit (Unvermögen) 44

(1) Verhältnis zum anfänglichen Unvermögen 44

(2) Verhältnis zum nachträglichen Unvermögen 45

c) Schuldnerverzug und positive Vertragsverletzung (PVV) 45

4. Schuldnerverzug und Geldschuld 47

5. Das System der Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs im BGB 47

a) Die Erweiterung der Risikosphäre des Schuldners 48

b) Die Wirkungen bei Bestehenbleiben der Primärpflicht 48

c) Die Wirkungen bei Umwandlung der Primärpflicht 49

aa) Bei einseitiger Primärpflicht 49

bb) Bei gegenseitigen Leistungspflichten 49

(1) Der Gesamtverzug 49

(2) Der Teilverzug 50

6. Die Dauer des Schuldnerverzugs 51

V. Wesen und Grenzen des Gläubigerverzugs im BGB 52

1. Tatbestandlicher Überblick 52

2. Die Auslegung des Leistungsbegriffs im Gläubigerverzugsrecht 53

3. Abgrenzung zu anderen Störungsarten 54
a) Gläubigerverzug und Unmöglichkeit 54
aa) Die "Abstrahierungsformel" 55
bb) Die Nachholbarkeit der Gläubigerhandlung 55
cc) Die überkommene "Sphärentheorie" 56
dd) Der allgemeine Sphärengedanke 57
ee) "Sphärentheorie" und Lehre vom Betriebsrisiko 58
ff) Zusammenfassung 59
b) Gläubigerverzug und PVV 59
4. Die wesentlichen Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs 60
a) Allgemeines 60
b) Die Haftungserleichterung 60
c) Der Übergang der Gegenleistungsgefahr 60
d) Die prozessuale Besonderheit bei Annahmeverzug des Vorleistungsberechtigten 61

VI. Schuldnerverzug und Gläubigerverzug 62
1. Die Auffassung Kaskels 62
2. Die Gegenstimmen 62
3. Stellungnahme 63

D Die für beide Verzugsarten bedeutsamen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses 65

I. Die tatsächlichen Handlungsphasen des Arbeitsverhältnisses 65

II. Der Leistungsbegriff im Arbeitsverhältnis 67

III. Das Pflichtengefüge des Arbeitsverhältnisses 68
1. Leistungspflichten und Nebenpflichten 68
a) Die Bedeutung dieser Einteilung für die Anwendung der Verzugsregeln im Arbeitsverhältnis 68

b) Die Bedeutung der personenrechtlichen Strukturen des Arbeitsverhältnisses für das arbeitsvertragliche Pflichtengefüge 69

2. Die besonderen schuldrechtlichen Leistungspflichten 70

a) Die gegenseitigen besonderen schuldrechtlichen Leistungspflichten 70

(aa) Das genetische Synallagma 71

(bb) Das funktionelle Synallagma 71

(cc) Das konditionelle Synallagma 73

b) Die einseitigen besonderen schuldrechtlichen Leistungspflichten 73

3. Die sonstigen personenrechtlichen Leistungspflichten 74

a) Allgemeines 74

b) Gegenseitige personenrechtliche Leistungspflichten? 75

IV. Die Nachholbarkeit der Leistungen im Arbeitsverhältnis 78

1. Das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis 78

a) Die temporären "Teilleistungen" des Arbeitsverhältnisses 78

b) Der "Erfüllungszeitraum" im Arbeitsverhältnis 79

2. Die Bedeutung der Zeit für das Arbeitsverhältnis 79

a) Bestimmung der Leistungszeit 79

b) Arbeitsverhältnis und Fixgeschäft 80

3. Die Nachholbarkeit im Arbeitsverhältnis 82

a) Der Vorrang der grundsätzlichen Nachholbarkeit 82

b) Die Grenzen der Nachholbarkeit 84

E Die Anwendung des bürgerlich-rechtlichen Verzugssystems im Arbeitsverhältnis und die dabei erforderlichen Abweichungen 86

I. Der Grundsatz der Gesetzestreue 86

II. Die Erscheinungsformen beider Verzugsarten im Arbeitsverhältnis 88

1. Überblick 88

2. Die Zuordnung der einzelnen Erscheinungsformen zu typischen Lebenssachverhalten 89

(a) Arbeitsverzug 90

(b) Vergütungsverzug 90

(c) Beschäftigungsverzug 90

III. Der Arbeitsverzug 90

1. Der Tatbestand des Schuldnerverzugs bei vorübergehender Nichtarbeit 91

a) Die allgemeinen Voraussetzungen dieses Tatbestandes 91

b) Die Verzögerung der Arbeitsleistung 91

aa) Die Abgrenzung zwischen Verzögerung und objektiver Unmöglichkeit der Arbeitsleistung 93

bb) Die Abgrenzung zwischen Verzögerung und Unvermögen zur Arbeitsleistung 93

(1) Abgrenzung zum anfänglichen Unvermögen 94

(2) Abgrenzung zum nachträglichen Unvermögen 95

cc) Die Abgrenzung zwischen Verzögerung der Arbeitsleistung und PVV 95

c) Die Rechtswidrigkeit der Arbeitsverzögerung (Rechtfertigungsgründe) 97

aa) Die vertragliche oder gesetzliche Arbeitsbefreiung als Rechtfertigungsgrund 98

bb) Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers hinsichtlich seiner Arbeitsleistung als Rechtfertigungsgrund 99

cc) Der Streik als Rechtfertigungsgrund 100

d) Die Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers 102

2. Der Tatbestand des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtarbeit 103

3. Die Rechtsfolgen des Arbeitsverzugs (Arbeitgeberrechte) 105

a) Das Lösungsrecht 105

b) Die Weigerungsrechte 107

c) Die Ersatzrechte 109

(1) Die Bedeutungslosigkeit der Ansprüche gegen Dritte 109

(2) Die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen 109

(3) § 628 Abs. 2 110

(4) Das Verhältnis von § 628 Abs. 2 zu § 326 110

(5) § 326 und § 286 Abs. 1 111

(6) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens 113

(7) Die "zeitliche Begrenzung" des Schadens und die Schadensminderungspflicht des Arbeitgebers 115

d) Die besonderen Wirkungen des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtarbeit 116

(1) Die Haftungserleichterung 116

(2) Der Mehraufwendungsersatz 117

4. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse beim Arbeitsverzug 117

IV. Der Vergütungsverzug 120

1. Der Tatbestand des Vergütungsverzugs 120

(1) Vergütungsverzug i.w.S. 120

(2) Geldvergütungsverzug 121

(3) Die besondere Bedeutung der Fälligkeit 121

(4) Die Rechtswidrigkeit des Vergütungsverzugs 122

2. Die Rechtsfolgen des Vergütungsverzugs (Arbeitnehmerrechte) 123

a) Das Lösungsrecht 123

b) Das Weigerungsrecht 125

(1) Das Arbeitsverweigerungsrecht als solches 125

(2) Lohnanspruch trotz Nichtarbeit und Befreiung von der Arbeitspflicht in diesem Fall 126

c) Die Ersatzrechte 127

(1) Die maßgebenden Anspruchsgrundlagen 127

(2) § 628 Abs. 2 und Geldvergütungsverzug 128

(3) § 286 Abs. 1 und § 326 129

(4) Die Höhe des zu ersetzenden Schadens 129

(5) Die "zeitliche Begrenzung" des Schadens 130

3. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse beim Vergütungsverzug 132

V. Der Beschäftigungsverzug 134

1. Der Tatbestand des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung 135

a) Die allgemeinen Voraussetzungen dieses Tatbestands und die Bedeutung der einzelnen Tatbestandselemente 135

b) Die Nichtannahme der Arbeitsleistung 137

aa) Die Rechtsnatur der Nichtannahme 137

bb) Die Erscheinungsformen der Nichtannahme 139

(1) Die unwirksame Entlassung 139

(2) Die Ablehnung der Beschäftigung 139

(3) Die Nichtvornahme einer erforderlichen Mitwirkungshandlung 139

(4) Die Nichterfüllung wesentlicher Arbeitnehmerschutzvorschriften 141

c) Das Arbeitsangebot und sein Verhältnis zur Nichtannahme 142

aa) Keine isolierte Behandlung des Angebots 142

bb) Das Zusammenspiel zwischen den verschiedenen Angebotsformen und der Nichtannahme 143

(1) Die bloße Nichtannahme 143

(2) Nichtannahme und wörtliches Angebot 143

cc) Die Anforderungen an das Arbeitsangebot bei den verschiedenen Erscheinungsformen der Nichtannahme unter Außerachtlassung der praktisch unbedeutenden Konstellationen 145

aaa) Das Angebot bei der unwirksamen Entlassung 146

(1) Die "Angebotstheorie" 146

(a) Ausdrückliches Angebot 147

(b) Stillschweigendes Angebot durch bisherige Arbeitsleistung 148

(2) Die Theorie vom "zwecklosen Angebot" 149

(3) Die Theorie vom "nicht erforderlichen Angebot" 149

(4) Kritische Würdigung dieser Theorien 150

(5) Eigene Stellungnahme 154

(a) Aktives und ruhendes Arbeitsverhältnis 154

(b) Die zwei Regeln über die Erforderlichkeit des Arbeitsangebots 155

(c) Die Unterlassung unwirksamer Entlassung als erforderliche Mitwirkungshandlung 156

(d) Hinweis auf nicht gangbare Lösungswege: Verzicht, "Selbstmahnung" 157

bbb) Das Arbeitsangebot in den anderen Fällen der Nichtannahme 159

d) Die Arbeitsmöglichkeit und ihr Verhältnis zur Nichtannahme 161

aa) Das Problem 161

bb) Der heutige Stand der Lehre vom Betriebsrisiko 162

(1) Der Gegenstand der Lehre vom Betriebsrisiko 162

(2) Die Verteilung des Vergütungsrisikos nach der Lehre vom Betriebsrisiko 164

(a) Der Grundsatz 164

(b) Existenzgefährdung 165

(c) Individualrechtliche Störungen außerhalb der Arbeitgebersphäre 165

(d) Kollektive Störungen 166

(3) Gesichtspunkte zur Begründung dieser Risikoverteilung 167

cc) Der Gläubigerverzug des Arbeitgebers und der dogmatische Ansatzpunkt für Betriebsrisikoüberlegungen 168

aaa) Die für den Gläubigerverzug des Arbeitgebers relevanten Ursachen der Arbeitsunmöglichkeit 168

bbb) Die auf der Nichtannahme beruhende Arbeitsunmöglichkeit 169

e) Die Rechtswidrigkeit des Beschäftigungsverzugs (Rechtfertigungsgründe) 171

aa) Die berechtigte Nichtannahme als Rechtfertigungsgrund 171

bb) Die Befolgung höherwertiger Pflichten oder die Wahrnehmung höherwertiger Interessen als Rechtfertigungsgrund 172

cc) Arbeitskampf als Rechtfertigungsgrund 172

f) Die Dauer des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung 174

2. Der Tatbestand des Schuldnerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung 176

3. Die Rechtsfolgen des Beschäftigungsverzugs (Arbeitnehmerrechte) 178

a) Allgemeines 178

b) Die Bedeutung des § 615 180

aa) Seine Voraussetzungen 180
bb) Seine drei Funktionen 181
(1) Die Befreiungsfunktion 181
(2) Die Ausgleichsfunktion 181
(3) Die Minderungsfunktion 182
c) Der Übergang der Vergütungsgefahr auf den Arbeitgeber 187
aa) Der arbeitsrechtliche Regelungsgegenstand des § 324 Abs. 2 187
bb) Das Verhältnis des § 324 Abs. 2 zu § 615 188
(1) Die Meinungen zur Abgrenzung beider Vorschriften 188
(2) Stellungnahme 190
cc) § 324 Abs. 2 und Lohnfortzahlungsbestimmungen 193
d) Beschäftigungsverzug und Urlaubsanspruch 196
e) Die besonderen Wirkungen des Schuldnerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung 197
4. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse beim Beschäftigungsverzug 199

F Schluß: Gesamtwürdigung der Ergebnisse und daraus zu ziehende Folgerungen im Hinblick auf eine arbeitsvertragsrechtliche Kodifikation 205
I. Würdigung der Ergebnisse 205
II. Erkenntnisse im Hinblick auf eine arbeitsvertragsrechtliche Kodifikation 206

SCHRIFTTUMSÜBERSICHT[+)]

ACHTERBERG, Norbert	Die Evidenz als Rechtsbegriff, Die öffentliche Verwaltung (DÖV), Stuttgart: Kohlhammer 1963, S. 331-339
ADOMEIT, Klaus	Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht. Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, herausgegeben von Nipperdey, Band 26, München: Beck 1969
BALLERSTEDT, Kurt	Arbeitskampf und Lohnrisiko, Arbeit und Recht 1966, S. 225-235
BAUMBACH, Adolf - LAUTERBACH, Wolfgang	Zivilprozeßordnung, 30. Auflage, München: Beck 1970
BEITZKE, G.	Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloß Bleckede: Meissner 1948
BEUTHIEN, Volker	Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 25, Tübingen: Mohr 1969
	Fristlose Kündigung statt lösender Aussperrung?, Juristenzeitung 1969, S. 629-631
	Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als bürgerlich-rechtliches Abwicklungsprobelm, Recht der Arbeit 1969, S. 161-174
BLOMEYER, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin: Vahlen 1969
	Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren, Berlin: Springer 1963

+) Entscheidungsanmerkungen sind nicht aufgeführt

BOBROWSKI, Paul und GAUL, Dieter — Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung, 6. Auflage, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1970

BOEHMER, Gustav — Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. 2. Buch, 1. Abteilung: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Tübingen: Mohr 1951

BOER, Friedrich — Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug (Zur Frage des Zusammentreffens beider Tatbestände), Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J.A. GRUCHOT, 54. Jahrgang, Berlin: Vahlen 1910, S. 493-530

BOLDT, Gerhard — Die Stabilität des Arbeitsverhältnisses nach Deutschem Recht, in: Untersuchungen des Sachverständigenausschusses der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Hohe Behörde, über "Die Stabilität des Arbeitsverhältnisses nach dem Recht der Mitgliedstaaten der E.G.K.S.", Arbeitsrecht - Band II, Luxemburg 1958, S. 61-106
(Zit.: BOLDT, Arbeitsverhältnis EGKS)

Der Arbeitsvertrag nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Hohe Behörde, Sammlung des Arbeitsrechts, "Der Arbeitsvertrag nach dem Recht der Mitgliedstaaten der EGKS", Freudenstadt: Lutzeyer 1966, S. 253-340
(Zit.: BOLDT, Arbeitsvertrag EGKS 1966)

Streik und Aussperrung nach Deutschem Recht, in: EGKS, Hohe Behörde, Sammlung des Arbeitsrechts, 2. - Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Band V, Streik und Aussperrung, Luxemburg 1961, S. 79-143
(Zit.: BOLDT, Streik EGKS 1961)

BOLDT, Gerhard und NATZEL, Benno	Das Recht des Bergmanns unter besonderer Berücksichtigung des Ruhrbergbaus, Reihe: "Soziale Forschung und Praxis", herausgegeben von der Sozialforschungsstelle an der Universität Münster in Dortmund, Band 1 Tübingen: Mohr 1960
BOLDT, Gerhard - RÖHSLER, Waldemar	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz), 2. Auflage des von Boldt/Schlephorst begründeten Kommentars, Köln: Heymanns 1968
BOLDT, Gerhard und STEFFENS, Heinz	Gewerbeordnung. Kommentar mit einer Einführung in das Gewerberecht, Aschendorffs Juristische Handbücherei, Band 49, Münster: Aschendorff 1955, §§ 105-139 m: Bearb. Boldt
BROX, Hans	Allgemeines Schuldrecht, Reihe: Grundrisse des Rechts, München: Beck 1969
	Besonderes Schuldrecht, Reihe: Grundrisse des Rechts, München: Beck 1970
	Grundbegriffe des Arbeitsrechts. Eine Einführung an Hand von Fällen. Stuttgart: Kohlhammer 1967
	Zur Wirkung der rechtmäßigen Aussperrung auf den Arbeitsvertrag. Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 1965, Band II, München: Beck 1965, S. 55-77
BROX, Hans - RÜTHERS, Bernd	Arbeitskampfrecht. Ein Handbuch für die Praxis, Stuttgart: Kohlhammer 1965
BYDLINSKI, Franz	Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht, Arbeits- und sozialrechtliche Schriftenreihe, herausgegeben von Hans Schmitz und Theodor Tomandl, Wien: Springer 1969
CHRISTODOULOU, Phoebus	Vom Zeitelement im Schuldrecht. Vorstudien aus der Sicht des Dauerschuldverhältnisses, Juristische Dissertation (Reimer Schmidt), Hamburg 1968

DIETZ, Rolf — Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 4. Aufl., München: Beck 1967

DIETZEL, Ernst — Zeitfragen im Arbeitsverhältnisrecht, Juristische Dissertation (Küchenhoff), Würzburg 1967

DUDEN — Duden-Fremdwörterbuch, Der große Duden, Band 5, 2. Auflage (Bearb. Karl-Heinz ALHEIM), Mannheim: Dudenverlag 1966

Duden-Rechtschreibung, Der große Duden, Band 1, 15. Auflage (Bearb. Paul GREBE), Mannheim: Dudenverlag 1961

EBEL, Wilhelm — Quellen zur Geschichte des deutschen Arbeitsrechts (bis 1849), Göttingen: Musterschmidt 1964

EISENHARDT, Ulrich — Die Beendigung des Schuldnerverzugs und die daraus erwachsenden Folgen, Juristische Schulung (JuS) 1970, S. 489-494

ENNECCERUS, Ludwig — Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch, 15. Bearbeitung von Heinrich LEHMANN, Tübingen: Mohr 1958

ERMAN, Walter — Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 4. Auflage, Münster: Aschendorff 1967
§§ 241 ff.: Bearb. Wilhelm SIRP
§§ 275 ff.: Bearb. Walter ERMAN
§§ 611 ff.: Bearb. Günther KÜCHENHOFF

ESSER, Josef — Schuldrecht,
1. Auflage: Lehrbuch des Schuldrechts, Karlsruhe: Müller 1949

2. Auflage: Allgemeiner und Besonderer Teil, Karlsruhe: Müller 1960

3. Auflage: Band I Allgemeiner Teil, Karlsruhe: Müller 1968

4. Auflage: Band I Allgemeiner Teil, Karlsruhe: Müller 1970

Fälle und Lösungen zum Schuldrecht nach neueren höchstrichterlichen Entscheidungen, Karlsruhe: Müller 1963 (Zit.: ESSER, Fallsammlung)

FABRICIUS, Fritz	Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis. Eine Grundlagenstudie, Tübingen: Mohr 1970
	Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, S. 1-11
FIKENTSCHER, Wolfgang	Schuldrecht, 2. Auflage, Berlin: de Gruyter 1969
FISCHER, Hans Gustav	Zahlung der Vergütung bei Dienstannahmeverzug des Arbeitgebers, Der Betriebs-Berater 1969, S. 365-366
FITTING, Karl	Das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, Der Betrieb 1969, S. 1459-1463
FITTING, Karl - AUFFARTH, Fritz	Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, Kommentar, 9. Auflage, Berlin: Vahlen 1970
GALPERIN, Hans	Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, München: Beck 1968
GALPERIN, Hans - SIEBERT, Wolfgang	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1963
von GIERKE, Otto	Dauernde Schuldverhältnisse, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 64. Band, Jena: Fischer 1914, S. 355-411
GRIMM, Jacob und Wilhelm	Deutsches Wörterbuch, Sechster Band, bearbeitet von Moriz HEYNE, Leipzig, Hirzel 1885
GROS, Paul	Der Annahmeverzug des Arbeitgebers, Arbeitsrecht-Blattei, D-Blatt "Annahmeverzug I", Stuttgart: Forkel 1954
GRUNSKY, Wolfgang	Streik und Zurückbehaltungsrecht - BAG 15, 174, Juristische Schulung 1967, S. 60-64
GUMPERT, Jobst	Rechtsbehelfe gegen Abwerbung von Arbeitnehmern und Ausscheiden von Arbeitnehmern unter Vertragsbruch, Der Betriebs-Berater 1955, S. 964-967

HAASE, Wilhelm	Abgrenzung der gemeinsamen Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an der Arbeitsleistung vom Streik, Der Betrieb 1968, S. 708-713 (Teil I) und S. 757-760 (Teil II)
v. HARENNE, Albert	Der Annahmeverzug des Dienstberechtigten und verwandte Fälle, Juristische Dissertation, Bonn: Georgi 1911
HECK, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen: Mohr 1929; unveränderter Nachdruck 1958
HEFERMEHL, Wolfgang	Erklärungen und Handlungen im Arbeitsverhältnis. Willenserklärungen im Sinne der §§ 116 ff. BGB und Erklärungen und Handlungen im Arbeitsverhältnis, ihre rechtliche Beurteilung und Abgrenzung, Forschungsbericht, Bundesarbeitsblatt 1967, S. 310-323
HEITHER, Friedrich	Das Erlöschen des Urlaubsanspruchs durch Zeitablauf, Arbeit und Recht 1968, S. 165-170
HELDRICH, Andreas	Vergeudung von Freizeit als Vermögensschaden?, NJW 1967, S. 1737-1740
HERGET, Rudolf	Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers und seine Folgen, Der Betrieb 1969, S. 2340-2351
HERSCHEL, Wilhelm	Zumutbarkeit anderer Arbeit und Sozialprestige, Arbeit und Recht 1968, S. 193-206
HIMMELSCHEIN, J.	Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, Archiv für die civilistische Praxis, 135. Band, Tübingen: Mohr 1932, S. 255-327
HOPPE, Günther	Verzugsschaden bei Gläubigerverzug des Arbeitgebers, Der Betriebs-Berater 1967, S. 1491-1494

HROMADKA, Wolfgang — Neue Arbeitsgesetze, NJW 1969, S. 1641-1645

HUECK, Alfred und NIPPERDEY, Hans Carl — Grundriß des Arbeitsrechts, 5. Auflage, Berlin: Vahlen 1970 (Zit.: HUECK-NIPPERDEY, Grundriß)

Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7. Auflage, Berlin: Vahlen 1963 (Bearb.: Hueck) (Zit.: HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I)

Zweiter Band: Kollektives Arbeitsrecht (Bearb.: Nipperdey)

Zweiter Halbband, 7. Auflage, Berlin: Vahlen 1970 (Zit.: HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch II 2

IG BERGBAU UND ENERGIE — Arbeiterlöhne werden nicht pünktlich bezahlt. Bargeldlose Lohnzahlung im Widerstreit, Gewerkschaftliche Rundschau für die Bergbau- und Energiewirtschaft (Zeitschrift) 1969, S. 401

JAERISCH — Das Betriebsrisiko, Neue Wirtschaftsbriefe (NWB) 1967, Nr. 4, Fach 26, S. 735-738

JAKOBS, Horst Heinrich — Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 84, Bonn: Röhrscheid 1969

JORNS, Dieter — Das Betriebsrisiko unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung nach demzweiten Weltkriege, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Professor Dr. Wolfgang Siebert, Band 2, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 195

KASER, Max — Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht, JuS 1967, S. 337-344

KASKEL, Walter — Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2. Jahrgang 1922, Spalten 1-18 Mannheim: Bensheimer 1922

KASKEL, Walter und DERSCH, Hermann — Arbeitsrecht, 4. Auflage (bearbeitet von DERSCH), Berlin: Springer 1932

5. Auflage (bearbeitet von DERSCH), Berlin: Springer 1957

KAUFMANN, Horst — Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, Juristenzeitung 1964, S. 482-489

KIRN, Michael — Leistungspflichten im gegenseitigen Vertrag, Juristenzeitung 1969, S. 325-330

KIRSCHNER — Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers, Der Betrieb 1961, S. 842-845

Zumutbarkeitsprüfung auch in Fällen des § 123 GewO, Der Betrieb 1968, S. 1268-1271

KLUG, Ulrich — Rechtslücke und Rechtsgeltung, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, Band I, München: Beck 1965, S. 71-94

KNEVELS, Peter — Die persönliche Leistungsverpflichtung beim Leistungslohnvertrag, Der Betrieb (DB) 1970, S. 1388-1391

KRAFT, Alfons — Arbeitsvertrag und kollektive Kampfmaßnahmen, Recht der Arbeit 1968, S. 286-295

Das sogenannte einheitliche Geschehen des Streiks und seine Rechtswidrigkeit, Recht der Arbeit 1968, S. 434-437

KÜCHENHOFF, Günther — Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Arbeit und Recht 1965, S. 129-139

LANDMANN-ROHMER-EYERMANN-FRÖHLER-NEUMANN — Gewerbeordnung. Kommentar, 12. Auflage, 4. Ergänzungslieferung des 2. Bandes, München: Beck 1970 §§ 121-125 Bearb.: Dirk NEUMANN

LARENZ, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, München: Beck I. Band: Allgemeiner Teil, 10. Auflage 1970 II. Band: Besonderer Teil, 9. Auflage 1968
LEHMANN, Heinrich - HÜBNER, Heinz	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Auflage, Berlin: de Gruyter 1966
LENT, Friedrich - JAUERNIG, Othmar	Zivilprozeßrecht. Ein Studienbuch, 14. Auflage, München: Beck 1969
LEPKE, Achim	Schuldhaft unterlassene Krankmeldung des Arbeitnehmers und "sogenannter" Lohnfortzahlungsanspruch, Der Betriebs-Berater 1967, S. 1173-1174
	Übertragung von Erholungsurlaub auf das nächste Kalenderjahr, Der Betriebs-Berater 1968, S. 632-634
LOTMAR, Philipp	Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 2. Band, Leipzig: Duncker & Humblot 1908
LÖWISCH, Manfred	Zur Frage des Anspruchs auf Arbeitsentgelt bei Betriebsstörungen infolge von Arbeitskämpfen, Der Betrieb 1963, S. 899-901
	Lohnansprüche bei Arbeitsausfall infolge von Arbeitskämpfen, Recht der Arbeit 1967, S. 45-50
	Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen, Archiv für die Civilistische Praxis (AcP), herausgegeben von Isele, Dölle und Nikisch, 165. Band, Tübingen: Mohr 1965, S. 421-452
LÖWISCH, Manfred - HARTJE, Jürgen	Der wilde Streik nach dem Recht der Bundesrepublik, Recht der Arbeit 1970, S. 321-333
MAMMEY, Gotthold	Schadensersatz für entgangene Urlaubstage, NJW 1969, S. 1150-1153

MAYER-MALY, Theo — Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, Recht der Arbeit 1967, S. 281-286

Rechtsirrtum im Arbeitsrecht, Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, herausgegeben von Karl August Bettermann und Albrecht Zeuner, Berlin: Duncker & Humblot 1969, S. 243-259

Allgemeines und Österreichisches zum wilden Streik, Recht der Arbeit 1970, S. 333-336

MAYER-MALY, Theo und NIPPERDEY, Hans Carl — Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, Reihe "Recht und Staat, Heft 304/305, Tübingen: Mohr 1965

MEDICUS, Dieter — Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, Reihe Academia iuris, Lehrbücher der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Köln: Heymanns 1968

MEISEL, Peter — Die zeitliche Lage und die Abwicklung des Urlaubs nach dem Bundesurlaubsgesetz, Der Betrieb 1965, S. 892-896 (Teil I) und S. 931-934 (Teil II)

MEISSINGER — Treuepflicht im Arbeitsrecht, Arbeitsrecht-Blattei, Stuttgart: Forkel 1954

MOMMSEN, Friedrich — Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, Beiträge zum Obligationenrecht, 3. und letzte Abteilung, Braunschweig: C.A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn) 1855

MONJAU, Herbert — Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, Der Betriebs-Berater 1969, S. 1042-1046

MOTIVE	zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, 2. Auflage, Berlin: Guttentag 1896, Band II Recht der Schuldverhältnisse
MUGDAN, B. und FALKMANN, R.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, Band 10 (Jahrg. 1905) und 12 (1906)
NASTELSKI, Karl	Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, JuS 1962, S. 289-298
NATZEL, Benno	Die Vergütung des Auszubildenden, Der Betrieb 1970, S. 2267-2276
NEUMANN-DUESBERG, Horst	Der Lohn- und Gehaltsanspruch des Arbeitnehmers bei der vom Arbeitgeber verschuldeten Arbeitsunfähigkeit (§ 324 Abs. I BGB), Der Betrieb 1969, S. 261-263 (Teil I S. 305-308 (Teil II)
	Abgrenzung zwischen Betriebsrisiko, Unmöglichkeit und Annahmeverzug - BAG, Betr. 1969, 446, Juristische Schulung 1970, S. 68-70
	'Vertretenmüssen' des Gläubigers (Arbeitgebers) bei Betriebsrisiko und bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, Der Betriebs-Berater 1969, S. 1449-1451
	Arbeitsbefreiung und Lohnanspruch bei der legalen außerordentlichen Betriebsversammlung während der Arbeitszeit - Präzisierung der Grundlagen -, Recht der Arbeit 1968, S. 443-445
	Anfängliche Unmöglichkeit bei "Höchstpersönlichen Dienstleistungen Der Betriebs-Berater 1970 (Heft 34), S. 1462-1464

NIKISCH, Arthur	Annahmeverzug des Arbeitgebers und fristlose Entlassung, Recht der Arbeit 1967, S. 241-244
	Arbeitsrecht, I. Band: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Tübingen: Mohr 1961 (Zit.: NIKISCH I)
	Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, Berlin: Bmxenstein 1926 (Zit.: NIKISCH, Grundformen)
OEHMANN	Der Vertragsbruch im Arbeitsrecht, Arbeitsrecht-Blattei, D-Blatt "Arbeitsvertragsbruch I, I Übersicht", Stuttgart: Forkel 10.10.1966
	Das Zurückbehaltungsrecht an Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis, Arbeitsrecht-Blattei, D-Blatt "Zurückbehaltungsrecht I, I Übersicht", Stuttgart: Forkel 25.11.1954
OERTMANN, Paul	Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Archiv für die Civilistische Praxis (AcP) 116. Band, Tübingen: Mohr 1918, S. 1-50
	Lohnanspruch der Arbeitswilligen?, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2. Jahrgang 1922, Mannheim: Bensheimer 1922, Spalten 461-474
OGRIS, Werner	Geschichte des Arbeitsrechts vom Mittelalter bis in das 19. Jahrhundert. Ein Überblick, Recht der Arbeit 1967, S. 286-297
OTTE, Felix	Die Grenzlinie zwischen Gläubigerverzug und Unmöglichkeit beim Arbeitsvertrage, Juristische Dissertation, Breslau 1931
PALANDT	Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 29. Auflage (die 30. Aufl. 1971 konnte nicht mehr berücksichtigt werden), München: Beck 1970 §§ 241-432, Bearb.: Helmut HEINRICHS

POTTHOFF, Heinz	Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis?, in: Arbeitsrecht (Zeitschrift), IX. Jahrgang, Stuttgart: Hess 1922, Spalten 267-284
RAMM, Thilo	Arbeitgeber und Arbeitskampf, Soziologische Texte, Band 35: Gesellschaft, Recht und Politik; Wolfgang Abendroth zum 60. Geburtstag. Neuwied: Luchterhand 1968, S. 275-304
REICHSGERICHTSRÄTE und BUNDESRICHTER	Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar, I. Band, 2. Teil, 11. Auflage, Berlin: de Gruyter 1960 §§ 241-304, Bearb.: Karl NASTELSKI §§ 305-361, Bearb.: Günther WILDE II. Band, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin: de Gruyter 1959 §§ 611-704, Bearb.: Johannes DENECKE
REUSS, Wilhelm	Rechtswirkungen der Aussperrung, Arbeit und Recht 1969, S. 129-134
RICHARDI, Reinhard	Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen. Arbeitsrecht, Karlsruhe: Müller 1970 (Zit.: RICHARDI, Arbeitsrecht)
	Aussperrung und Arbeitsverhältnis, Recht der Arbeit 1970, S. 65-73
ROSENBERG, Leo - SCHWAB, Karl Heinz	Zivilprozeßrecht, 10. Auflage, München: Beck 1969
ROTH, Günter	Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners, Juristische Schulung 1968, S. 101-108
RÜTHERS, Bernd	Rechtsprobleme des "tarifbezogenen" wilden Streiks, Der Betrieb 1970, S. 2120-2129
	Rechtsprobleme des betriebsbezogenen wilden Streiks, Juristenzeitung 1970, S. 625-632

RÜTHERS, Bernd — Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitskampfrecht, Arbeit und Recht 1967, S. 129-138

Zur Beseitigung von Arbeitsverträgen durch Aussperrung, Der Betrieb 1969, S. 967-972

SAVAÈTE, Eugen — Der Vertragsbruch beim gewerblichen Arbeits- und Lehrvertrag, Arbeit und Recht 1956, S. 5-12 und 33-37

SCHAUB, Günter — Die Rechte des Arbeitgebers bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers, Der Betrieb 1966, S. 1187-1193

SCHENKER, Ernst — Erfüllungsbereitschaft und Erfüllungsangebot. Zur Lehre vom Gläubigerverzug, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 79. Band, Jena: Fischer 1928/1929, S. 141-196

SCHMIDT, Reimer — Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe: "Versicherungswirtschaft" 1953

SCHNORR von CAROLSFELD, Ludwig — Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen: Vandenhoeck 1954

Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, RdA 1964, S. 297-305

SCHOETZAU, Annedore — Die Anwendbarkeit der §§ 320-327 BGB im Arbeitsvertragsrecht, Juristische Dissertation (A. Hueck), München 1960

SCHULZ, Ewald — Vergeudete Freizeit als Vermögensschaden? Der Betrieb 1968, S. 745-747

SCHWERDTNER, Peter	Gemeinschaft, Treue, Fürsorge - oder: die Himmelfahrt des Wortes, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1970, S. 62-67
SIEBERT, Wolfgang	Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches (sozialrechtliches) Rechtsverhältnis, Deutsches Arbeitsrecht (Zeitschrift), 3. Jahrgang, Mannheim: Heymanns 1935, S. 95-100 (Zit.: SIEBERT, DArbR 1935)
	Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1935 (Zit.: SIEBERT, Arbeitsverhältnis 193
SOERGEL, Hs. Th. - SIEBERT, W.	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I, 10. Auflage, Stuttgart: Kohlhammer 1967, §§ 241, 243-432, Bearb.: Reimer SCHMI § 242, Bearb.: W. KNOPP
	Band 3, Schuldrecht II, 10. Auflage, Stuttgart: Kohlhammer 1969 §§ 611-630, Bearb.: O. WLOTZKE und A. VOLZE
SÖLLNER, Alfred	Arbeitsrecht Stuttgart: Kohlhammer 1969 (Zit.: SÖLLNER, Lehrbuch)
	Ohne Arbeit kein Lohn, Archiv für die Civilistische Praxis, 167. Band, 1967, S. 132-147
	Der Zusammenhang von Arbeitsleistung und Arbeitszeit, Arbeit und Recht 1967, S. 353-362
STAHLHACKE, Eugen	Bundesurlaubsgesetz mit Nebenbestimmungen, 2. Auflage, Neuwied: Luchterhand 196
STAUDINGER	J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. Berlin: Schweitzer 1957. Einleitg.: Bearb. Franz BRÄNDL

STAUDINGER	II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 a, 11. Aufl., Berlin: Schweitzer 1967, §§ 241, 243-248 Bearb.: Wilhelm WEBER
	Teil 1 b, 11. Aufl., Berlin: Schweitzer 1961, § 242 Bearb.: Wilhelm WEBER
	Teil 1 c, 10./11. Aufl., Berlin: Schweitzer 1967 §§ 249-304 Bearb.: Alfred WERNER §§ 305-327 Bearb.: Hubert KADUK
	Teil 3, 11. Aufl., Berlin: Schweitzer 1958, Vorbem. vor § 611 und §§ 612-619, Bearb.: Heinz MOHNEN (Zit.: STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN) §§ 611, 620-630, Bearb.: Dirk NEUMANN (Zit.: STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN)
STEHL, Heinrich	Annahmeverzug nach fristloser Entlassung, Arbeit und Recht 1967, S. 44-50
STOLL, Heinrich	Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen: Mohr 1936
STREMPEL, Dieter	Arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen bei den Verträgen kampfbeteiligter mit kampfunbeteiligten Unternehmen, Juristische Dissertation (Brox), Münster 1969
THUME, Karl-Heinz	Der § 324 BGB bei Dauerschuldverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsvertrages, Juristische Dissertation (Schnorr v. Carolsfeld), Erlangen, Nürnberg 1968
TITZE, Heinrich	Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis, Juristische Wochenschrift, 51. Jahrgang, I. Halbjahresband, Leipzig: Moeser 1922, S. 548-551
	Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig: Adolf Titze 1900

TOMANDL, Theodor — Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, Arbeits- und sozialrechtliche Schriftenreihe, herausgegeben von Hans Schmitz, Wien: Springer 1965

TRAUTMANN, Paul — Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage, Gruchot, Beiträge (genaue Bezeichnung vgl. bei Boer), 59. Jahrgang, Berlin: Vahlen 1915, S. 434-464

TRESCHER, Joachim — Der Einfluß der kollektiven Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmen auf die Tragung des "Betriebsrisikos", Juristische Dissertation (Wolf), Marburg 1967

WEITNAUER, H. — Rechtmäßigkeit und rechtliche Folgen des "wilden" Streiks, Der Betrieb 1970, S. 1639-1644 (Teil I) und S. 1687-1691 (Teil II)

WIEACKER, Franz — Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, Festschrift für Hans Carl Nipperdey 1965, Band I, München: Beck 1965, S. 783-813

WIEDEMANN, Herbert — Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe: Müller 1966

WIESE, Günther — Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, Band I, München: Beck 1965, S. 837-851

WOLFF, Karl — Die zeitliche Begrenzung des Schadensersatzes bei Arbeitsvertragsbruch, Arbeit und Recht 1968, S. 262-267

WUTTKE — Vorteilsausgleich bei Schadenersatzansprüchen wegen Arbeitsvertragsbruchs, Der Betrieb 1967, S. 2227-2228

ZÖLLNER, Wolfgang — Die Zulässigkeit neuer Arbeitskampfformen, Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, herausgegeben von Karl August Bettermann und Albrecht Zeuner, Berlin: Duncker & Humblot 1969, S. 427-442

A Einleitung: Zweck, Problemlagen und Grenzen der Untersuchung

I. Das Ziel der Untersuchung

Das Arbeitsrecht hat sich zumindest im Laufe der letzten Jahrzehnte[1] zu einer eigenständigen Rechtsdisziplin neben dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht entwikkelt[2]. Trotzdem fehlt für einen seiner Hauptbereiche, das Recht des Arbeitsverhältnisses, noch immer eine Kodifizierung, so daß auch spezielle arbeitsrechtliche Vorschriften zum Verzug im Arbeitsverhältnis nicht bestehen. Angesichts der Entwicklung des Arbeitslebens, das im Industriezeitalter weitgehend durch Gesamtvereinbarungen und Massenverhalten bestimmt wird, scheint es daher angebracht, die ca. 70 Jahre alten Verzugsbestimmungen des BGB daraufhin zu untersuchen, inwieweit ihr Einwirken auf das moderne Arbeitsverhältnis überhaupt noch zu sinnvollen Ergebnissen führt und inwieweit eventuell eine Ergänzung notwendig ist.

II. Gründe für eine gemeinsame Behandlung von Gläubiger- und Schuldnerverzug

Im BGB sind Gläubiger- und Schuldnerverzug schon rein äußerlich voneinander abgehoben und in eigene Titel verwiesen. Entsprechend dieser räumlichen Trennung sind

---

1) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.4.1958 - 2 BvL 32/56, 34/56, 35/56 (auf 3 Vorlagebeschlüsse des BAG, 1. Senat) = AP Nr. 2 Blatt 3 ff. zu § 1 UrlaubsG Hamburg; a.A. EBEL, S. 9 ff.

2) So schon: KASKEL-DERSCH, 4. Aufl. 1932, § 2 I Seite 4. Darauf, daß die Wurzeln des Arbeitsrechts viel weiter zurückreichen, weisen u.a. zutreffend hin: MAYER-MALY, RdA 1967, 281 f.; OGRIS, RdA 1967, 286 FN 3.

sie nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen grundverschieden ausgestaltet[1]. Trotzdem ist es wegen des gemeinsamen systematischen Ausgangspunkts und aus den nachfolgend angesprochenen Gründen zur Erleichterung des Verständnisses geboten, beide Verzugsarten nebeneinander zu behandeln[2].

Schon äußerlich fällt die Gleichheit der Benennung[3] beider Störungsarten auf. Dementsprechend behandelte die ältere gemeinrechtliche Literatur die beiden Institute als Parallelinstitute[4].

Die gemeinsame technische Bezeichnung deutet auch im Gegensatz zu den anderen Arten der Leistungsstörungen, also zu Unmöglichkeit, Unvermögen und positiver Vertragsverletzung (PVV), eine gewisse Wesensverwandtschaft beider Verzugsarten an, die darauf beruht, daß beide Institute die zeitliche Komponente[5] der Leistung betreffen. Ist das Moment der Zeit schon beim Dauerschuldverhältnis an sich von essentieller Bedeutung[6], so ist es bei-

---

1) Näheres dazu: unten C IV, V und VI, S. 37-64
2) Vgl. HECK, § 38, 11., S. 116 oben
3) Vgl. STAUDINGER-WERNER, Vorbem. 1 zu §§ 293 ff. BGB, S. 474
4) Vgl. HECK, a.a.O., S. 115 unten
5) WERNER in STAUDINGER-WERNER, vor §§ 275 ff., Vorbem. 40 Abs. 2 (S. 288), 47 unter a (S. 290) sowie 30 (S. 283; im Rahmen der Teilunmöglichkeit) benutzt den Ausdruck "Koeffizient". Darunter wird aber üblicherweise die Vorzahl einer veränderlichen Größe verstanden (vgl. DUDEN, Fremdwörterbuch, 2. Aufl. 1966). Die Zeit ist nicht die "Vorzahl" der Leistung als veränderlicher Größe, sondern sie ist selbst Bestandteil der Leistung (vgl. NASTELSKI, JuS 1962, 289 bei I 1 Abs. 1), entspricht somit ganz dem Begriff Komponente (vgl. DUDEN, Fremdwörterbuch a.a.O.).
6) Vgl. LARENZ, Schuldrecht II, § 48 I, S. 200 unten

den Verzugsarten geradezu immanent, was im gemeinsamen Ausgangspunkt der Verzögerung der Erfüllung[1] zum Ausdruck kommt. Die an sich gleichwertige Erscheinung wird durch die Bezeichnungen Gläubiger- bzw. Schuldnerverzug lediglich auf die Vertragspartei, die durch ihr Verhalten diese Erscheinung hervorruft, konkretisiert.

Im Arbeitsrecht ist die gemeinsame Behandlung um so mehr geboten, als insbesondere hier durch die komplexen Sachverhalte des modernen industriellen Arbeitsverhältnisses, das heute als typisch angesehen werden muß[2] und sich nicht mehr lediglich in Dienstleistung gegen Vergütung erschöpft, möglicherweise Überschneidungen beider Verzugsarten vorkommen können.

Schließlich bewirken beide Arten des Verzugs nach der gesetzlichen Ausgestaltung, die sie im BGB erfahren haben, eine Veränderung des Inhalts des Schuldverhältnisses[3], die nur beim Gläubigerverzug mit weniger Intensität ausgestattet ist als beim Schuldnerverzug. Die vom Gesetzgeber gezogenen Unterschiede stehen aber einer gemeinsamen Behandlung ebenfalls nicht entgegen, so daß nach alledem eine gemeinsame wenn auch nicht völlig zusammenfassende Betrachtung gerechtfertigt erscheint, um eventuelle Zusammenhänge aufzuzeigen oder Möglichkeiten einer Analogie zu untersuchen[4].

---

1) Vgl. NASTELSKI, BGB-RGRK, § 293 Anm. 1, S. 1100
2) Vgl. FABRICIUS, S. 4 unten
3) Vgl. STAUDINGER-WERNER, Vorbem. 1 zu § 293 BGB, S. 474
4) Schon MOMMSEN hält eine völlig zusammenfassende Behandlung für unzulässig, weist aber auf die Zweckmäßigkeit einer vergleichenden Betrachtung hin, vgl. MOMMSEN, Mora, Einleitg. § 1, S. 4.

III. Problemlagen

1. Beim Gläubigerverzug im Arbeitsverhältnis

Zu den vorliegenden Untersuchungen über das sinnvolle Erfassen des Arbeitsverhältnisses durch die Verzugsbestimmungen des BGB führte ursprünglich die Frage, welche Handlungen eines Fabrikarbeiters erforderlich sind, um den Arbeitgeber in Annahmeverzug zu setzen. Das BAG hat eine Beantwortung dieser Frage bisher vermieden[1]. Im Schrifttum ist sie umstritten und wird teilweise sogar mit gewisser Heftigkeit[2] ausgetragen. Geht man der Kontroverse auf den Grund, so stellt sich sehr bald heraus, daß ihre Ursache in den unterschiedlichen Auffassungen vom Wesen des Arbeitsverhältnisses liegt.

Für diese Untersuchung bedeutet das zunächst, daß sie sich nicht auf die Prüfung der Anwendbarkeit einzelner BGB-Verzugsbestimmungen auf das Arbeitsverhältnis beschränken kann, sondern daß ein Eingehen auf die Grundstrukturen sowohl des Arbeitsverhältnisses als auch seiner Störungen erforderlich ist. Dabei soll nun allerdings nicht den zahlreichen zum Betriebsrisiko entwickelten Meinungen[3] eine weitere hinzugefügt werden. Es soll vielmehr, soweit es sich um den Annahmeverzug handelt, geprüft werden, ob die Vorschriften des BGB über den Gläubigerverzug infolge der scheinbar übermächtigen Betriebsrisikoregelung überhaupt noch von Be-

---

1) Vgl. zuletzt BAG ("Lohnzahlung bei vom Arbeitgeber einseitig eingeführter Kurzarbeit"), Urt. v. 10.7. 1969 - 5 AZR 323/68 (Düsseldorf) = NJW 1969, 1734 f.
2) Vgl. NIKISCH, RdA 1967, 242 II a.E.
3) Vgl. dazu: JORNS, S. 15 ff. und 86-105; SÖLLNER, AcP (167. Bd.) 1967, 139 ff.

deutung für das Arbeitsverhältnis sind. Dabei kann allerdings das Betriebsrisikoproblem, obwohl es seinen Schwerpunkt mehr im Bereich der Unmöglichkeit zu haben scheint[1], nicht völlig unbehandelt bleiben. Es wird jedoch nur insoweit berücksichtigt, als es sich auf den Verzug auswirkt.

2. Beim Schuldnerverzug im Arbeitsverhältnis

Im Gegensatz zum Gläubigerverzug scheint der Schuldnerverzug im Verhältnis zur allgemeinen Regelung des bürgerlichen Rechts keine besondere typisch arbeitsrechtliche Problematik aufzuweisen. Der fixgeschäftliche Charakter des modernen Arbeitsverhältnisses hat jedoch in den §§ 611 ff. BGB in Bezug auf den Schuldnerverzug des Arbeitnehmers keinen Niederschlag gefunden. Im Gegensatz dazu steht auf der Seite des Gläubigerverzugs die Bestimmung des § 615 BGB als Sonderregelung für den Fall des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten. Damit hat der Gesetzgeber dem Umstand, daß der Arbeitsvertrag hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit einem Fixgeschäft gleichkommt, Rechnung getragen[2] und die Existenz des Gläubigerverzugs im Dienstverhältnis grundsätzlich bejaht. Da für den Schuldnerverzug des Dienstverpflichteten eine entsprechende Regelung fehlt, bleibt zunächst die Frage zu klären, ob es einen Schuldnerverzug des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis überhaupt gibt.

---

1) Vgl. BROX, Grundbegriffe, wo in Kap. 5 I 3, S. 63 das Betriebsrisiko ganz im Rahmen der Unmöglichkeit behandelt wird.

2) Vgl. SÖLLNER, Lehrbuch, § 32, 4., S. 207; DERS., AcP (167. Band) 1967, 139; MOTIVE II, S. 461; FIKENTSCHER, § 79 II 4 e, 2. Absatz, S. 497; LARENZ, Schuldrecht II, § 48 II b, S. 204 unten

IV. Grenzen des Themas

Schranken sind dem Thema durch die Einbettung sowohl des Schuldner- als auch des Gläubigerverzuges in das Leistungsstörungssystem vorgegeben. Die Unmöglichkeit auf der einen und die positive Vertragsverletzung auf der anderen Seite sollen demnach nur insoweit erörtert werden, als dies zur Abgrenzung erforderlich ist. Eine weitere Grenze bildet die Möglichkeit kollektivrechtlicher oder einzelvertraglicher Regelungen des Verzugs im Arbeitsverhältnis, da sämtliche Verzugsbestimmungen des BGB grundsätzlich abdingbar sind[1].

V. Aufbaufragen

Der Aufbau der Arbeit ist insoweit vorgegeben, als mit einer Untersuchung von Verzugsvoraussetzungen und -wirkungen (= Teil E) erst begonnen werden kann, wenn die verzugsrelevanten Bestandteile des Arbeitsverhältnisses (= Teil D) festgestellt worden sind.

Beides erfordert aber wiederum, daß über die grundsätzliche Anwendbarkeit der Verzugsbestimmungen des BGB auf das Arbeitsverhältnis (= Teil B) Klarheit besteht und daß die für das Arbeitsrecht maßgebenden Grundlagen der bürgerlichrechtlichen Verzugsregelung (= Teil C) herausgestellt werden. Dabei kann es sich nur darum handeln, die Voraussetzungen für die weitere Untersu-

---

1) Insbesondere zu § 615 BGB vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 45 f., S. 1401 f.; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 44 II 4, S. 328 mit FN 15.

chung zu klären, so daß auf für das Arbeitsverhältnis nicht typische schuldrechtliche Einzelfragen nicht einzugehen ist. Bei überschläglicher Betrachtungsweise wird man vielleicht zunächst darüber erstaunt sein, entgegen üblichen Gepflogenheiten in einer arbeitsrechtlichen Abhandlung allgemeine schuldrechtliche Grundlagen in einem eigenen Abschnitt gesondert vorzufinden. Im Vergleich zu einer ineinander übergreifenden Behandlung der schuldrechtlichen und der arbeitsrechtlichen Fragen hat sich der hier eingeschlagene Weg aber schon wegen seiner Übersichtlichkeit als der bessere erwiesen. Er soll aber auch im Teil C selbst[1)] eine weitere Rechtfertigung erfahren.

---

1) Dort unter "I. Vorbemerkung", S. 15

B Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Verzugsbestimmungen des BGB auf das Arbeitsverhältnis

I. Systematischer Überblick

Die schuldrechtlichen[1] Verzugsbestimmungen des BGB sind über das gesamte zweite Buch verstreut. Kern der Regelung sind für den Schuldnerverzug die §§ 284 bis 290 und für den Gläubigerverzug die §§ 293 bis 304.

Zahlreiche weitere Bestimmungen[2] betreffen spezielle Verzugswirkungen. Besonders ist dabei auf § 615 als einzige einschlägige BGB-Vorschrift des Dienstvertragsrechts hinzuweisen, nach dessen Satz 1 der Dienstverpflichtete für die infolge des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen kann, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Aus den Bestimmungen über gegenseitige Verträge können im Arbeitsverhältnis für den Schuldnerverzug die §§ 326, 327 und für den Gläubigerverzug die §§ 322 Abs. 2, 324 Abs. 2 besondere Bedeutung haben.

Bevor grundsätzliche Systematik und funktionelle Zusammenhänge dieser eben genannten Bestimmungen dargestellt werden, ist zu untersuchen, ob sie auf das Arbeitsverhältnis überhaupt - zumindest grundsätzlich - anwendbar sind.

---

1) Die sonstigen BGB-Verzugsbestimmungen (z.B. §§ 990, 1613, 2024) sind hier bedeutungslos.

2) Das sind: für den Schuldnerverzug §§ 326, 327, 339, 354, 425, 522, 538, 554 und 633 Abs. 3; für den Gläubigerverzug §§ 322 Abs. 2, 324 Abs. 2, 372, 383, 424, 429, 615 und 642 ff. sowie §§ 264 Abs. 2, 274 Abs. 2 BGB i.V. §§ 756, 765 ZPO hinsichtlich verfahrensrechtlicher Wirkungen des Annahmeverzuges des Schuldners in der Zwangsvollstreckung.

II. Die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf das Arbeitsverhältnis

1. Anwendbarkeit der §§ 284 ff. und 293 ff.

Das Arbeitsverhältnis ist ein Schuldverhältnis. Dieser Satz kann heute als unangefochten bezeichnet werden[1], und zwar unabhängig davon, ob man der Formel vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis[2] zustimmt oder nicht, da das BGB die Anwendung schuldrechtlicher Regeln auf ein personenrechtliches Verhältnis nicht ausschließt und in der Begründung einer die Person erfassenden Gemeinschaft keinen Gegensatz zum Schuldvertrag sieht, wie die Regelung des Gesellschaftsvertrages im besonderen Teil des Schuldrechts beweist[3]. Damit ist die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 284 ff. und 293 ff. auf das Arbeitsverhältnis nicht in Frage gestellt.

---

1) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Grundriß, § 14, 3., S. 47; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 22 III, S. 131 f.; FIKENTSCHER, § 79 I 4 b, S. 486 f.; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, Vorbem. 35 vor § 611, S. 1110; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 14, S. 1245; SÖLLNER, Lehrbuch, § 28 I vor 1 mit FN 2, S. 194; NIKISCH I, § 19 I 3, S. 161; SCHNORR VON CAROLSFELD, § 6 A I 2 a, S. 162; BOBROWSKI-GAUL, C III Rdnr. 4, S. 87

2) Neuerdings wird der dogmatische Erkenntniswert dieses Ausdruckes für die rechtswissenschaftliche Begriffsbildung wieder stark angezweifelt, vgl. RICHARDI, Arbeitsrecht, S. 23 oben; SÖLLNER, Lehrbuch, § 28 III, S. 197; völlig ablehnend FABRICIUS, C II 5, S. 23 - 28 (!)

3) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, Vorbem. 35 a.E. vor § 611, S. 1111; HUECK-NIPPERDEY, Grundriß, § 14, 3., S. 47; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 22 III, S. 132

2. Anwendbarkeit des § 615

Diese Bestimmung käme nur dann nicht zur Anwendung, wenn der Arbeitsvertrag nicht unter das Dienstvertragsrecht des BGB fiele[1]. Zwar soll nach einer Entscheidung des LAG Stuttgart[2] "die Anerkennung des Arbeitsvertrages als eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses" zur Folge haben, "daß die schuldrechtlichen Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag nicht mehr direkt angewendet werden können", das Gericht hat diesen sowohl im Leitsatz als auch in den Entscheidungsgründen auftauchenden Satz jedoch mit keiner Silbe begründet.

Heute wird ganz allgemein der Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrags angesehen[3], und zwar versteht man unter Arbeitsvertrag den Dienstvertrag des in sozial abhängiger Stellung Beschäftigten. Maßgebliches Kriterium, das den Dienstvertrag zum Arbeitsvertrag stempelt, ist also eine persönliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten auf Grund eines Subordinations-

---

1) Der Gedanke, der Arbeitsvertrag könne "nicht länger mehr als eine Unterart des Dienstvertrags des BGB gelten", wurde bereits von POTTHOFF, Arbeitsrecht 1922, Sp. 275 f. unter II 2 entwickelt. Auch SIEBERT, Arbeitsverhältnis 1935, S. 84/85, meinte, "die Vorschriften des Dienstvertragsrechts (z.B. § 615 BGB)" würden für das Arbeitsverhältnis "nicht passen oder nicht ausreichen". An anderer Stelle (DArbR 1935, 99 unter 5) erklärte SIEBERT, § 615 sei wegen seines viel zu sehr auf Einzelleistung und Umsatz abgestellten Inhalts für das Arbeitsverhältnis nur bedingt anwendbar.

2) Urt. v. 17.9.1954 - II Sa 141/54 = DB 1955, 364 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB "Haftung des Arbeitnehmers", mit abl. Anm. von Alfred HUECK

3) Vgl. statt vieler: FIKENTSCHER, § 79 I 1 c, S. 484; SÖLLNER, AcP 1967 (167. Bd.), S. 136 unter 3, m.w.N.

verhältnisses[1]. Der Anwendbarkeit des § 615 auf das Arbeitsverhältnis steht daher solange nichts entgegen, wie das Sondergebiet Arbeitsrecht keine Spezialregelung enthält. Dies gilt im übrigen - entsprechend dem System des BGB, das vom Allgemeinen zum Besonderen fortschreitet ("Ausklammerungsprinzip")[2] - auch für die anderen hier einschlägigen BGB-Bestimmungen.

3. Anwendbarkeit der §§ 322 Abs. 2, 324 Abs. 2 sowie 326, 327

Diese Vorschriften betreffen spezielle Verzugswirkungen bei gegenseitigen Verträgen und sind wie alle allgemeinen Regeln des BGB über gegenseitige Verträge in erster Linie am Sozialmodell eines schlichten, auf einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichteten Vertrages entwickelt worden[3]. Das Arbeitsverhältnis geht weit über dieses einfache Austauschmodell hinaus. Es enthält auf Grund der Einbeziehung der Person des Arbeitnehmers in den Organisations- und Herrschaftsbereich des Arbeitgebers sowie dadurch, daß die Vergütung in der Regel Existenzgrundlage des Arbeitnehmers ist, einen ausgeprägten personalen und sozialen Charakter[4]. Der Gesetzgeber hat das durch Abweichungen von den allgemeinen Regeln der §§ 323 ff. in den Bestimmungen der

---

1) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, Vorbem. 15 und 17 vor § 611, S. 1106 f. Wenn allerdings dort und an anderen Stellen von "abhängigem Arbeitsverhältnis" gesprochen wird, ist das eine Tautologie, da ein Arbeitsverhältnis stets wesensmäßig die Abhängigkeit beinhaltet.
2) Vgl. BROX, Schuldrecht AT, § 1 I 2 a, Rdnr. 4, S. 2 f.
3) Vgl. FABRICIUS, C II 1, S. 14 unten; NEUMANN-DUESBERG, DB 1969, S. 262 unter III; STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 2 vor § 320, S. 666
4) Vgl. NEUMANN-DUESBERG, DB, a.a.O.

§§ 615, 616 BGB, 63 HGB, 133 c GewO sowie durch Schaffung des Mutterschutzgesetzes, des Bundesurlaubsgesetzes und neuerdings des Lohnfortzahlungsgesetzes berücksichtigt und Rechtsprechung und Wissenschaft haben dem durch die Entwicklung der Betriebsrisikolehre Rechnung getragen[1].

Unter übermäßiger Betonung dieses gemeinschaftsrechtlichen Charakters des Arbeitsverhältnisses wurde früher, insbesondere unter der Herrschaft des Nationalsozialismus', teilweise die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB über gegenseitige Verträge auf das Arbeitsverhältnis völlig verneint[2]. Wenn man diese Ansicht allerdings allein auf Rechtsprechung und Literatur des Dritten Reiches bezieht[3], wird man der Entwicklung dieser Meinung nicht gerecht, weil sie schon 1922 existierte und auch 1959 noch vertreten wurde[4].

---

1) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 19 a.E., S. 1248; NEUMANN-DUESBERG, DB a.a.O.

2) So: SIEBERT, DArbR 1935, S. 99 unter 4.; DERS., Arbeitsverhältnis 1935, S. 84 unten, 85 oben; auch POTTHOFF, Arbeitsrecht 1922, Spalten 275 ff., der das Schuldrecht des BGB generell für unanwendbar auf das Arbeitsrecht erklärt; RAG, Urt. v. 13.9.1939, Arbeitsrechtssammlung Bd. 37, 230 (237); desgl. Urt. v. 30.10.1940, ARS Bd. 40, 282 (286); desgl. Urt. v. 26.11.1940, ARS Bd. 41, 43 (47), wo u.a. auch die bis dahin vom RAG anerkannte Lehre vom Betriebsrisiko aufgegeben wird (S. 49 und Ls. 3); desgl. Urt. v. 16.9.1941, ARS Bd. 43, 167 ff.; BGH, Urt. v. 11.7.1953 (II ZR 126/52) = BGHZ 10, 187 (190-193) = DB 1953, 781 f. unter Berufung auf die RAG-Rechtsprechung; BAG, Urt. v. 25.8.1955 (2 AZR 29/54) = DB 1955, 948 = AP Nr. 1 zu § 14 SchwBeschG; desgl. Urt. v. 22.11.1956 (2 AZR 314/54) = DB 1957, 119 (120) = AP Nr. 1 (Blatt 2) zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"; beide Urteile ebenfalls unter Bezugnahme auf das RAG; DENECKE, BGB-RGRK (1959), Vorbem. 15 vor § 611, S. 525

3) So: SCHOETZAU, S. 22 unten

4) Vgl. FN 2

Heute ist diese Ansicht zu Recht überwunden, da man zu der Einsicht gelangt ist, daß die Annahme synallagmatischer Beziehungen zwischen Arbeit und Lohn nicht bedeutet, daß man damit die Arbeit als Ware behandelt. Es muß im Gegenteil darauf hingewiesen werden, daß bisher jedes System, das den Austauschcharakter völlig ignorieren wollte, in Verteilungsdirigismus und damit in noch schärfere Verletzung der Würde der Arbeitenden verfallen ist[1]. Der Arbeitsvertrag wird deshalb, soweit er synallagmatische Züge aufweist, von der h.M. zu Recht als gegenseitiger Vertrag behandelt[2], da zumindest die Arbeit um der Leistung des Lohnes willen zugesagt wird, und wenigstens diese beiden Leistungen in wechselseitiger Abhängigkeit voneinander stehen. Die personenrechtlichen Ausstrahlungen des Arbeitsverhältnisses beseitigen diesen wechselseitigen Grundcharakter eines Teiles des Arbeitsverhältnisses nicht[3]. Es genügt vielmehr zur Annahme eines gegenseitigen Vertrages, daß für beide Vertragsteile je eine Hauptleistungsverpflichtung in der Weise begründet wird, daß diese Verpflichtungen in synallagmatischer Verknüpfung stehen[4]. Nicht

---

1) Vgl. MAYER-MALY, RdA 1967, 283 vor III.
2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 22 IV, S. 133; SCHNORR VON CAROLSFELD, S.162, § 6 A I 2 b; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 16-19, S. 1245 ff.; NIKISCH I, § 19 I 3., S. 161; NEUMANN-DUESBERG, DB 1969, 262 r.Sp. unten; LEPKE, BB 1967, 1174 linke Sp. oben; SÖLLNER, AcP 1967, 136 unter 3; BAG, Urt. v. 8.10.1959 (2 AZR 503/56) Leitsatz 1 = AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG; BAG (GS), Beschl. v. 17.12.1959 (GS 2/59; VB des 2. Senats) = AP Nr. 21 (unter B IV, Blatt 6, Rückseite, Absatz 2) zu § 616 BGB
3) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 19 Abs. 2 Mitte, S. 1247
4) Vgl. STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 4 vor § 320 BGB, S. 667; LARENZ, Schuldrecht I, § 15, S. 153 unten

erforderlich ist, daß unbedingt alle aus dem Vertragsverhältnis hervorgehenden Pflichten in dieser Weise verbunden sind, da es dann kaum noch gegenseitige Verträge gäbe. Damit ist von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 320 ff. auf das Arbeitsverhältnis auszugehen und jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob eine abweichende Behandlung durch arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen oder durch die Eigenart des Arbeitsverhältnisses geboten ist[1]. Dementsprechend werden auch die hier in Rede stehenden Bestimmungen zunächst grundsätzlich als anwendbar behandelt, erforderlichenfalls jedoch jeweils auf Abweichungen überprüft.

---

1) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 22 III, S. 132 unten/133 oben mit FN 16; NIKISCH I, S. 162 oben; LUPKE, BB 1967, S. 1174 links oben; NEUMANN-DUESBERG DB 1969, S. 263; SCHOETZAU, S. 22-23; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 15 (S. 1245) und 19 Abs. 2 (S. 1247)

C Die für das Arbeitsrecht maßgebenden Grundlagen der bürgerlich-rechtlichen Verzugsregelung

I. Vorbemerkung

Man sollte meinen, das BGB liefere klare und allgemein gültige Regelungen des Gläubiger- und Schuldnerverzugs, so daß es zur Darstellung dieser Institute im Arbeitsrecht genügen müßte, ganz allgemein auf die BGB-Regelung Bezug zu nehmen und nur die arbeitsrechtlichen Besonderheiten hervorzuheben. Ein derartiges Vorgehen könnte aber nur als Flucht vor dem BGB angesehen werden und würde demjenigen, der nun tatsächlich einmal die BGB-Regelungen auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden hat, nicht helfen. Bei vertiefter Betrachtung stellt sich nämlich sehr bald heraus, daß die Verzugsregelungen des BGB keineswegs so problemlos sind, wie man das eigentlich erwartet. Die Unklarheiten beruhen insbesondere auf der grundlegenden Bedeutung des allgemeinen schuldrechtlichen Pflichtengefüges für beide Verzugsinstitute sowie auf Überschneidungen mit anderen Leistungsstörungsarten. Unter besonderer Hervorhebung dieser beiden Gesichtspunkte sollen deshalb nach Voranstellung einiger rechtshistorischer Anmerkungen in diesem Abschnitt die Grundlagen der Verzugsregelung des BGB entsprechend ihrer Bedeutung für das Arbeitsverhältnis dargestellt werden.

II. Rechtsgeschichtliche Bemerkungen

Das Recht des Arbeitsverhältnisses baut auf dem Bestand des Privatrechts auf. Es bietet daher für eine Auseinandersetzung mit den romanistischen Elementen des BGB kaum

eine Handhabe[1], so daß sich die Ausführungen zu dem vor Inkrafttreten des BGB geltenden Verzugsrecht auf einige wesentliche Bemerkungen beschränken sollen.

1. Die Behandlung des Verzugs im römischen und gemeinen Recht

Schuldner- und Gläubigerverzug waren schon dem römischen und demfolgend auch im gemeinen Recht bekannt, jedoch nur durch besondere Einzelregelungen auf bestimmten Gebieten, besonders beim Kauf, ausgebildet[2]. Diesen Einzelregelungen lag das Schema einer engbegrenzten Gruppe römischer Obligationen, nämlich der strengrechtlichen Verbindlichkeiten auf Leistung einer "certa res", zugrunde, wonach nur diese "certa res" geschuldet wurde. War sie nach Eintritt des Schuldnerverzugs untergegangen, behandelte man sie, soweit der Schuldner haften sollte, als fortbestehend (Fiktion der "perpetuatio obligationis")[3]. Für ein pflichtwidriges Verhalten des Gläubigers war im Schema der "obligatio", das sich im Anspruch des Gläubigers auf die Leistung des Schuldners erschöpfte, kein Raum[4].

Während der Schuldnerverzug ("mora debitoris" oder "mora solvendi") von jeher einheitlich als schuldhafte Nichterfüllung der fälligen Obligation trotz Mahnung behandelt wurde, bestanden über das Wesen des Gläubigerverzuges ("mora creditoris" oder "mora accipiendi") zu den verschiedenen Zeiten unterschiedliche Ansichten. Dies

---

1) Vgl. KASER, JuS 1967, 337 unter 1
2) Vgl. FIKENTSCHER, § 42 II, S. 199
3) Vgl. zum Ganzen: KASER, JuS 1967, 343 unter VI 1
4) Vgl. KASER, a.a.O., S. 342 unter VI 2

lag daran, daß die wenigen und sehr verstreuten Bestimmungen des Corpus iuris civilis, das den Gläubigerverzug nicht allgemein sondern nur jeweils auf bestimmte Einzelfälle bezogen behandelte[1], einen einheitlichen Schluß auf das Wesen des Annahmeverzuges nicht ermöglichen. Zum Teil[2] übertrug man daher die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs auf den Gläubigerverzug und bezeichnete diesen als schuldhafte bzw. grundlose Nichtannahme der fälligen Leistung trotz Angebots ("Culpa-Theorie"[3]). Teilweise wurden Verschulden oder Angebot, aber auch nicht als notwendig erachtet. Insgesamt gesehen war damit das Wesen des Gläubigerverzugs im römischen und im gemeinen Recht ungeklärt[4].

2. Der Übergang zum BGB

Die letzte umfassende Abhandlung des gemeinen Rechts zu den Leistungsstörungen wird allgemein in den 1853 bzw. 1855 erschienenen "Beiträgen zum Obligationenrecht" von Friedrich MOMMSEN gesehen[5]. Insbesondere durch deren erste Abteilung über "Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse" aus dem Jahr 1853[6] wurde die Unmöglichkeit so sehr in den Vordergrund der wissenschaftlichen Diskussion gerückt, daß die Behandlung des Verzugs demgegenüber ganz zurücktrat und die Culpa-Theorie in Ver-

---

1) Vgl. v. HARENNE, § 2, S. 6
2) Vgl. - auch zum Folgenden - v. HARENNE, § 1, S. 2
3) Vgl. v. HARENNE, § 2 S. 11 f.; FIKENTSCHER, § 42 II, S. 199
4) Schon bei v. HARENNE, § 2, S. 7-15, wird das unter Bezug auf verschiedene Digestenstellen zutreffend ausgeführt.
5) Vgl. FABRICIUS, D I, S. 29; FIKENTSCHER, § 42 II, S. 200
6) Nähere Angaben im Schrifttumsverzeichnis

gessenheit geriet[1]. In der Folgezeit war man zeitweise sogar geneigt, die Unmöglichkeit überhaupt als Grundtyp aller Leistungsstörungen anzusehen[2]. Diese Ungereimtheiten in der jüngsten gemeinrechtlichen Entwicklung blieben auch auf das BGB nicht ohne Einfluß, so daß dort insbesondere der allgemeine Schuldnerverzug nur unsystematisch und nachrangig quasi als Anhang zur Unmöglichkeit behandelt worden ist.

III. Das Pflichtengefüge des allgemeinen Schuldrechts

Den Vorschriften über Schuldner- und Gläubigerverzug ist gemeinsam, daß mit ihnen eine Regelung von Verzögerungen der Erfüllung der L e i s t u n g s pflicht des Schuldners angestrebt wird. Bevor man also an die Frage herangeht, was Verzug bedeutet, ist zunächst zu klären, was unter Leistung zu verstehen ist. Ganz allgemein dürfte der Leistungsbegriff im Bereich der Leistungsstörungen zumindest ebenso wichtig sein wie der Begriff der einzelnen Störung selbst[3]. Auch wegen der außerordentlichen Vielschichtigkeit des Leistungsbegriffs im Arbeitsverhältnis ist es erforderlich, zu untersuchen, was in den eben genannten BGB-Vorschriften unter "Leistung" zu verstehen ist.

---

1) Vgl. FIKENTSCHER, a.a.O.
2) Vgl. FIKENTSCHER, a.a.O.
3) Für die Beantwortung der Frage "Was ist Unmöglichkeit der Leistung? Wann liegt sie vor?" ist es z.B. für HIMMELSCHEIN, AcP 135 (1932), S. 282 "viel weniger wichtig was die Unmöglichkeit, als was die Leistung bedeutet".

1. Der Begriff "Leistung"

a) Seine Bedeutung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch

Ursprünglich kam dem Ausdruck "leisten" die Bedeutung von "eine Spur betreten", "jemandem folgen oder nachgeben", "jemanden begleiten" zu. Später wandelte sich der Begriff dann ins Abstrakte und bezeichnete das Befolgen oder Tun dessen, was einem als Schuldigkeit vorgeschrieben oder auferlegt ist. Seine Hauptbedeutung kommt dementsprechend in den Umschreibungen "einer Verpflichtung nachkommen" und "etwas Schuldiges tun oder erfüllen" zum Ausdruck[1]. Der allgemeine Sprachgebrauch ist somit doppeldeutig[2]. Er bezieht den Begriff "Leistung" sowohl auf ein Verhalten als auch auf das Ziel und das Ergebnis dieses Verhaltens[3] und ist daher für die Aufklärung dieses Begriffs unergiebig[4].

b) Seine Deutung im Gesetz und im Rechtsleben

Obwohl der Ausdruck "Leistung" im allgemeinen Schuldrecht des BGB fast in jeder Bestimmung vorkommt, ist dort nicht ausdrücklich geregelt, was darunter zu verstehen ist. Aus den §§ 241, 320 ff. und 293 ff. könnte man folgern, daß das BGB von einem verhaltensbezogenen Leistungsbegriff ausgeht, dagegen deutet insbesondere § 362 ("an den Gläubiger bewirkt") auf einen erfolgsbezogenen Leistungsbegriff hin[5]. Im Gesetz

---

1) Vgl. GRIMM-HEYNE, Wörterbuch, Spalten 722-725
2) Vgl. LARENZ, Schuldrecht I, § 2 I, S. 6 unten
3) Vgl. KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, 129 unter I 1 a
4) Vgl. WIEACKER, Festschr. Nipperdey, 1965, I S. 785 f. (das Kleingedruckte)
5) Vgl. BROX, Schuldrecht AT, § 22 I 1 a, S. 171, Rdnr. 310

blieb damit die Frage nach der Eigenschaft der Leistung unbeantwortet.

Demzufolge war seit langem streitig[1], ob mit der Leistung ein bloßes Leistungsverhalten oder aber ein bestimmter Leistungserfolg geschuldet ist[2]. Mit Erfolg ist dabei allerdings nicht unbedingt der vom Gläubiger angestrebte Enderfolg etwa im Sinne des beim Werkvertrag im Unterschied zum Dienstvertrag geschuldeten Erfolges gemeint, sondern man kann für jede Leistungspflicht einen unmittelbaren Erfolg herauskristallisieren und vom bloßen Verhalten des Schuldners abschichten, und zwar auch beim Dienstvertrag. Dort könnte dieser z.B. darin gesehen werden, daß die Dienste zur Verfügung stehen[3].

Diese Frage nach dem Gegenstand der schuldnerischen Verpflichtung kann jedoch heute nicht mehr als kontrovers bezeichnet werden. Insbesondere WIEACKER hat überzeugend dargelegt[4], daß eine einheitliche Theorie der Leistung nicht möglich ist. Durch Überprüfung der sich aus den einzelnen BGB-Lösungen zur Unmöglichkeitslehre ergebenden jeweiligen Leistungsansprüche hat er aufgezeigt[5], daß der Schuldner nur ausnahmsweise und begrenzt für den Eintritt des Leistungserfolges[6], in der

---

1) Vgl. FIKENTSCHER, § 8, 1., Abs. 2, S. 33.
2) Zum jeweiligen Streitstand vgl. z.B. ESSER, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, § 70, 7., S. 300 f.; WIEACKER, Festschr. Nipperdey 1965 I, S. 787 unter 2. Eine Aufzählung älterer Fundstellen findet sich bei ROTH, JuS 1968, S. 102 rechte Sp., FN 19 und 20.
3) Vgl. ROTH, JuS 1968, S. 102 rechte Sp., FN 18
4) Vgl. die grundlegende Abhandlung "Leistungshandlung und Leistungserfolg" in Festschr. Nipperdey 1965 I, S. 783-813 und insbesondere die Zusammenfassung S. 812
5) a.a.O., S. 812
6) So bei anfänglichem Unvermögen, vgl. a.a.O., S. 803 f. unter bb; nicht jedoch bei objektiv anfänglicher Unmöglichkeit, vgl. a.a.O., S. 800 f. unter 3.a

Regel auch nicht für die Bewirkung der Leistungshandlung schlechthin[1], sondern manchmal sogar nur für vertragsgemäße Sorgfalt[2] einzustehen hat.

Dementsprechend wird heute - soweit ersichtlich ohne Widerspruch - unter "Leistung" nicht nur das Leistungsverhalten des Schuldners, aber auch nicht nur der Eintritt des Leistungserfolges verstanden, sondern es wird je nach Sinn, Zweck und Natur der einzelnen bestimmten Leistungspflicht entschieden, ob "Leistung" ein Mehr oder Weniger an Verhalten und Erfolg betrifft[3]. Dieses läßt sich stark vereinfacht auch durch folgenden Satz ausdrücken: "Leistung" ist Eintritt des Leistungserfolges durch ein Leistungsverhalten des Schuldners[4]. Dabei muß jedoch stets der Sinnzusammenhang der in Betracht kommenden Gesetzesvorschrift berücksichtigt werden, so daß auch der soeben wiedergegebene Satz nicht daran vorbeiführt, jeweils im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, was unter dem Begriff "Leistung" zu verstehen ist.

---

1) Ausnahmen: bei nachträglicher (objektiver) Unmöglichkeit, vgl. a.a.O., S. 801 f., unter b; bei anfänglichem Unvermögen, vgl. a.a.O., S. 803 unter bb; bei Summen- und Gattungsschulden, vgl. a.a.O., S. 804 f. unter cc; bei nicht erfolgsbestimmter Betätigung, vgl. a.a.O., S. 805 unter d

2) So: bei nachträglichem Zufallsunvermögen, vgl. a.a.O., S. 802 f. unter aa

3) Vgl. BLOMEYER, Schuldrecht, § 2 II 3, S. 8 f.; BEUTHIEN, Zweckerreichung, § 2 B I 2, S. 7; FIKENTSCHER, § 8, 1., Abs. 2, S. 33; ESSER, Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 26 I, S. 150 und § 5 I, S. 23; STAUDINGER-WEBER (1967), Einl. F 23 zu § 241, S. 101 f.; BGH II. ZS, Urteil v. 6.2.1954 (II ZR 176/53) = BGHZ 12, 267 (268 unten, 269 oben)

4) So: WIEACKER, a.a.O., S. 812 unter "Zusammenfassung"

2. Die Bedeutung der Unterscheidung einzelner Gruppen von Leistungspflichten

a) Die herkömmlichen Einteilungen

Entsprechend dem Fehlen eines einheitlichen Leistungsbegriffs im BGB ist dort auch eine Unterscheidung einzelner Gruppen von Leistungspflichten nicht vorgenommen worden. Da zweifellos Unterschiede bestehen, hat man sich stets um Einteilungen der Leistungspflichten bemüht, wobei jedoch schon in der Terminologie auch nicht annähernd eine Übereinstimmung erzielt wurde[1]. Demzufolge besteht auch über die Rechtsfolgen der Zugehörigkeit zum einen oder anderen Begriff Unklarheit.

aa) Die Einteilung nach dem zeitlichen Rang

aaa) Primäre Leistungspflichten

Die primären Leistungspflichten ergeben sich unmittelbar aus dem vertraglich oder gesetzlich begründeten Schuldverhältnis als solchem. Sie kommen mit diesem zur Entstehung, ohne daß weitere Umstände hinzutreten müssen[2]. Nicht erforderlich ist, daß die primäre Leistungspflicht das Schuldverhältnis in seiner besonderen

---

1) Die Verwirrung sei durch folgende auszugsweise Aufzählung von beliebig gebrauchten Begriffen angedeutet: Hauptpflicht, Hauptleistungspflicht, Nebenpflicht, Nebenleistungspflicht, primäre Leistungspflicht, sekundäre Leistungspflicht, selbständige Nebenpflicht, unselbständige Nebenpflicht, Pflicht mit Eigenzweck (primäre Pflicht), Pflicht ohne Eigenzweck (sekundäre Pflicht), Sicherungspflicht, Verhaltenspflicht, Schutzpflicht, Leistungsmodalität, Begleitleistung, Vertrauenspflicht, unentwickelter Anspruch usw.

2) Vgl. BROX, Schuldrecht AT, § 2 II 1a, Rdnr. 12, S. 7; LARENZ, Schuldrecht I, § 2 I, S. 7; MEDICUS, § 11 I, S. 83

Eigenart kennzeichnet[1], oder daß die Erfüllung der primären Leistungspflicht das eigentliche Ziel des Vertrages ist[2]. Diese Merkmale können auf das Vorliegen einer Hauptpflicht im Gegensatz zur Nebenpflicht[3] hindeuten, sie haben aber für die Unterscheidung zwischen primär und sekundär, soweit diese wie hier nur auf den zeitlichen Rang bezogen wird, keine Bedeutung.

Dieser Bezug auf den zeitlichen Rang ist allerdings nicht zwingend, da die Unterscheidung "primär - sekundär" auch gegenständlich verstanden werden kann[4] und dementsprechend teilweise anstatt der Unterscheidung "haupt - neben" gebraucht wird[5]. Es sollte jedoch der Klarheit halber die Unterscheidung primär - sekundär, entsprechend dem wohl vorherrschenden juristischen Sprachgebrauch, ausschließlich zur Kennzeichnung einer zeitlichen Aufeinanderfolge der Pflichten verwendet werden[6].

---

1) a.A.: LARENZ, Schuldrecht I, a.a.O.
2) a.A.: MEDICUS, a.a.O.
3) Dazu vgl. anschließend unter bb
4) Nach DUDEN, Rechtschreibung und DUDEN, Fremdwörterbuch, besteht folgender Sprachgebrauch: "primär" für: die Grundlage bildend, wesentlich, ursprünglich, erst..., zuerst vorhanden, vordringlich, vorrangig; "sekundär" für: zur zweiten Ordnung gehörend, in zweiter Linie in Betracht kommend, nachträglich hinzukommend, Neben...
5) So bei: SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, 10. Aufl., 1967, § 242 Bem. 109 und 110; ENNECCERUS-LEHMANN, 15. Bearb. 1958, § 4 II 2, S. 21 oben; früher auch ESSER, Schuldrecht, 1. Aufl. 1949, § 44, 1., S. 41, der aber heute die Unterscheidung primär-sekundär in diesem Sinn nicht mehr verwendet, vgl. Schuldrecht AT, 4. Aufl. 1970, § 5 III 1, S. 25 ff.
6) FIKENTSCHER, § 8, 8., S. 39 meint sogar, das Begriffspaar "primär - sekundär" sollte wegen der Unschärfe überhaupt aufgegeben werden. Einen Vorschlag, welche Bezeichnung dann zu wählen ist, bringt er leider nicht.

bbb) Sekundäre Leistungspflichten

Sekundäre Leistungspflichten sind diejenigen, welche erst im Fall der Störung von Primärpflichten entstehen und damit das ursprüngliche Schuldverhältnis verändern[1]. Sie treten entweder an die Stelle der gestörten Primärpflicht (z.B. die Pflicht zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach § 280) oder aber neben sie (z.B. die Pflicht zum Ersatz des Verzugsschadens nach § 286 Abs. 1)[2]. Dementsprechend befaßt sich auch die Lehre vom Verzug im wesentlichen damit, ob und inwieweit bei Verspätung von Primärleistungen Sekundärpflichten entstehen.

bb) Die Einteilung nach dem sachlichen Rang

aaa) Der Unterschied dieser Einteilung zur Einteilung nach dem zeitlichen Rang

Um in sachlicher Hinsicht den auf Erfüllung des Versprochenen gerichteten vertragstypischen Hauptanspruch von den allgemeinen vertraglichen Verhaltenspflichten zu trennen, wird üblicherweise zwischen "Hauptpflichten" und "Nebenpflichten" unterschieden. Diese Einteilung hat nichts mit der Unterscheidung von Primär- und Sekundärpflichten zu tun. Insbesondere sind die Primärpflichten nicht stets auch notwendig Hauptpflichten[3], wie sich am Beispiel der Pflicht des Arbeitgebers zur

---

1) Die Ansicht, es entstehe ein neues Schuldverhältnis, entspricht nicht mehr heutiger Anschauung; vgl. LARENZ, Schuldrecht I, § 2 I, S. 7

2) Vgl. MEDICUS, § 11 I, S. 83; BROX, Schuldrecht AT, § 2 II 1a, Rdnr. 12, S. 7 f., wo aber die Möglichkeit, daß die Sekundärpflicht auch an die Stelle der Primärpflicht treten kann, unerwähnt bleibt.

3) Vgl. MEDICUS, § 11 II, S. 84

ausreichenden Belüftung und Beleuchtung des Arbeitsplatzes zeigt: Diese Verpflichtung ist zwar Primärpflicht, aber Hauptpflicht höchstens dann, wenn sie ausdrücklich im Vertrag als solche bezeichnet wurde.

bbb) Hauptpflichten und Nebenpflichten

Die Einteilung der von den §§ 241, 275 ff., 284 ff. und 323 ff. erfaßten Leistungspflichten und der allgemeinen, sich für alle Schuldverhältnisse aus § 242 ergebenden Pflichten kann unter verschiedenen Gesichtspunkten erfolgen:

(1) Es lassen sich zunächst ganz allgemein die von den §§ 241, 275 ff., 284 ff. und 323 ff. erfaßten Pflichten als "Leistungspflichten" von den sich aus § 242 ergebenden "Nebenpflichten" unterscheiden. Der Sache nach bestehen hinsichtlich dieser Unterscheidung kaum Differenzen, man ist sich aber über den für die sich aus § 242 ergebenden Nebenpflichten zu wählenden Ausdruck nicht einig, was dann leider über eine unterschiedliche Begriffsbildung letzten Endes doch zu sachlichen Differenzen darüber führt, welchen Umfang die so mit irgendeinem bestimmten Begriff bezeichneten Nebenpflichten haben. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien folgende Bezeichnungen[1] erwähnt:
LARENZ[2] schlägt vor, statt des Ausdrucks Nebenpflichten die Bezeichnung "weitere Verhaltenspflichten"[3] zu

---

1) Weitere finden sich z.B. bei STAUDINGER-WEBER, § 241 Bem. 92 (S. 645 f.), und § 242 Bem. A 772 (S. 307 oben)
2) Schuldrecht I, § 2 I, S. 8
3) WEBER in STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. A 772 Abs. 2, S. 306 unten, bemängelt an dem Begriff Verhaltenspflicht, er gebe keinen Aufschluß über den Inhalt der Pflichten sondern charakterisiere die Sonderpflichten nur nach der Beziehung zum Rechtssubjekt, seinem Verhalten hin. Er

wählen, da sonst die Gefahr bestehe, daß der Unterschied dieser Pflichten von den "Nebenleistungspflichten"[1] nicht genügend zum Ausdruck komme.
Nach WEBER[2] spricht man bei diesen Nebenpflichten im Hinblick auf ihren Sinn und Zweck, die Leistung sicherzustellen, am besten von "Sicherungspflichten". Er wendet diesen Begriff jedoch nicht nur auf die bloßen Nebenpflichten an sondern dehnt ihn auf die "Nebenleistungspflichten"[3] aus[4].
STOLL[5] dagegen verwendet den Begriff "Schutzpflichten"[6] und beschränkt ihn auf die besonderen Pflichten, die der Abwehr von Schädigungen dienen sollen, die sich aus Anlaß der Vertragsvorbereitung und -durchführung ergeben können.
Denselben Ausdruck gebraucht auch ESSER[7], allerdings ohne die Einschränkung Stolls. Er bedient sich hauptsächlich aber des Ausdrucks "Nebenpflicht"[8].

(2) Die soeben von den bloßen Nebenpflichten abgehobenen Leistungspflichten können weiter in "Hauptleistungspflichten" und "Nebenleistungspflichten" unterteilt werden. Die-

---

sei also rein subjektbezogen und ebensogut auch auf die Leistungspflicht anwendbar. Dabei wird aber wohl der Larenz'sche Zusatz "weitere" übersehen.

1) Dazu im Folgenden unter (2)
2) STAUDINGER-WEBER, Einl. F 20 vor § 241, S. 100; § 241 Bem. 92 (S. 645) und § 242 Bem. A 772 (S. 306)
3) Vgl. oben FN 1
4) Vgl. oben FN 2
5) E II 2-4, S. 27-30
6) Er leitet den Begriff durch eine dem damaligen (1936) Zeitgeist entsprechende Hinwendung zu rein deutschrechtlichem Gedankengut ab.
7) Schuldrecht AT, 4. Aufl., Überschrift von § 5 II, S. 23
8) Vgl. Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 5 III 1 b, S. 26; auch: Fallsammlung, S. 76 oben

se Aufteilung kann unter zwei Gesichtspunkten erfolgen[1]:

(a) Man kann als Hauptleistungspflichten die "vertragstypischen Pflichten"[2], d.h. "die aus den gesetzlich im VII. Abschnitt geregelten einzelnen Schuldverhältnissen zu entnehmenden, den gesetzlichen Typus essentiell bestimmenden Leistungspflichten"[3] bezeichnen. Dementsprechend sind dann unter Nebenleistungspflichten die "vertragsuntypischen Pflichten"[4] bzw. "die sonstigen den Schuldner zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtenden generell-abstrakten Normen des Gesetzes, wie § 444 (Auskunftspflicht), § 448 (Kosten der Übergabe), § 663 (Anzeigepflicht), § 666 (Auskunftspflicht) u.a.m."[5] zu verstehen. Die so verstandene Hauptleistungspflicht kennzeichnet den Vertragstyp. Ihr Fehlen würde den Vertrag zu einem anderen Typ gehören lassen. So wäre z.B.[6] die Zahlungspflicht des Käufers Hauptleistungspflicht, da ohne sie Schenkung vorläge; umgekehrt wäre die Gewährleistungspflicht bei Sachmängeln nur Nebenleistungspflicht, da sich am Vertragstyp "Kauf" nichts ändert, wenn die Gewährleistungspflicht durch Abbedingung fortfällt.

---

1) Vgl. dazu MEDICUS, § 11 II, S. 84
2) So: MEDICUS, a.a.O. unter 1., der zwar nur von "Hauptpflichten" und "Nebenpflichten" spricht, aber "Hauptleistungspflichten" und "Nebenleistungspflichten" im hier verstandenen Sinn meint, wie die dort anschließend in § 11 III, S. 85, gebrachte Unterscheidung von "Leistungs- und Verhaltenspflichten" beweist.
3) So: FABRICIUS, D III, S. 35 und auch B 2, S. 7
4) So: MEDICUS, § 11 II 1, S. 84
5) So: FABRICIUS, B 2, S. 7
6) Vgl. MEDICUS, a.a.O.

(b) Man kann die Unterteilung in "Hauptleistungspflichten" und "Nebenleistungspflichten" aber auch lediglich auf die einschlägigen Vorschriften bei gegenseitigen Verträgen (§§ 323 ff.) beziehen. Hauptleistungspflichten wären dann die synallagmatischen Leistungspflichten, also diejenigen, die "für das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung von einiger Bedeutung" sind[1], wobei sich diese Bedeutung für das Gegenseitigkeitsverhältnis sowohl nach der Beschaffenheit und den Umständen des einzelnen Falles als insbesondere auch nach dem Willen der Vertragsparteien, dem Vertragsinhalt und dem Vertragszweck beurteilen würde[2]. Im Einklang damit wird auch von der h.M. die unter die §§ 323 ff. fallende Leistung, für die sich die Bezeichnungen "Hauptleistung" bzw. "Hauptpflicht" allgemein durchgesetzt haben, als eine "nach Vertragstyp und (oder) Parteiinteresse als wesentlich" hervorgehobene Leistung bezeichnet[3]. Dementsprechend würden dann unter Nebenleistungspflichten die nichtsynallagmatischen Pflichten zu verstehen sein, also solche, die von der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung nicht erfaßt werden.

---

1) So: STAUDINGER-KADUK, § 326 Bem. 73, S. 790 f.; LARENZ, Schuldrecht I, § 23 II b, S. 263 f.; vgl. auch: ESSER, Schuldrecht AT, 3. Aufl., § 49 IV vor 1, S. 354 oben und § 5 III 1, S. 25 ff.; ENNECCERUS-LEHMANN, § 52 II 3, S. 223

2) Vgl. RG I. Zs., Urt. v. 5.3.1921 (I 123/20) = RGZ 101, 429 (430-431); RG I. Zs., Urt. v. 16.3.1925 (I 285/24) = RGZ 110, 275 (284 unter c); RG I. Zs., Urt. v. 29.10.1927 (I 88/27) = RGZ 118, 288 (293); BLOMEYER, Schuldrecht, § 20 IV 3, S. 157 f.; LARENZ, Schuldrecht I, a.a.O., S. 264; ERMAN-ERMAN, § 326 Bem. 4 c; SOERGEL-SCHMIDT, § 326 Bem. 5-8, S. 389 f.

3) So: ESSER, a.a.O., S. 354; vgl. auch die oben in FN 1 und FN 2 Genannten.

(3) Als letzter wesentlicher Gesichtspunkt für die Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten bleibt noch die Möglichkeit zu erwähnen, die Nebenleistungspflichten von den Nebenpflichten nach dem Merkmal der Klagbarkeit zu trennen. Herkömmlicherweise wird dabei jedoch von einem Begriff "Nebenpflichten" ausgegangen, der sowohl die Nebenleistungspflichten als auch die sich aus § 242 ergebenden Nebenpflichten umfaßt, wobei dann zwischen "selbständigen" (selbständig klagbaren) und "unselbständigen" (nicht selbständig klagbaren) "Nebenpflichten" unterschieden wird[1]. In etwa entsprechen die "selbständigen Nebenpflichten" einer so vorgenommenen Einteilung den Nebenleistungspflichten im hier verstandenen Sinn und die "unselbständigen Nebenpflichten" den Nebenpflichten wie sie hier verstanden werden. Bei einer Verletzung der "unselbständigen Nebenpflichten" besteht keine Klagemöglichkeit, sie stehen aber, ebenso wie die bloßen Nebenpflichten, i.d.R. unter der Schadenersatzsanktion aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung.

ccc) Nebenpflichten und Obliegenheiten

In der sachlichen Rangfolge der Rechtsgebote von der absolut wirkenden Verpflichtung an erster Stelle bis hinunter zum bloßen Geratensein, dessen Nichtbeachtung keinerlei Folgen hat, steht "ziemlich tief unten"[2] die Obliegenheit. Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß den Obliegenheitsbelasteten keine Erfüllungspflicht trifft,

---

1) Vgl. BROX, Schuldrecht AT, § 2 II 1 c, Rdnr. 13, S. 8; SOERGEL-SCHMIDT, Vorbem. 10 vor § 241, S. 6; STAUDINGER-WEBER, § 241 Bem. 89 Abs. 1 Mitte, S. 644

2) So: STAUDINGER-WEBER, Einl. M 1 vor § 241, S. 179 oben

und daß er bei Verletzung der Obliegenheit gerade keiner Schadenersatzsanktion ausgesetzt ist. Man kann daher die Obliegenheit im Schuldrecht auch bezeichnen als eine Verhaltensaufforderung, die dem Schuldner oder aber insbesondere dem Gläubiger im eigenen Interesse und im Interesse eines anderen zur Vermeidung von Rechtsnachteilen auferlegt ist, ohne daß dem anderen bei Nichtbefolgung dieser Aufforderung irgendwelche Rechte erwachsen[1].

Eine scharfe Grenzziehung zwischen den Nebenpflichten (bzw. den "unselbständigen Nebenpflichten"[2]) und den Obliegenheiten ist nicht möglich. Die Grenze liegt dort, wo die Nichtbefolgung einer rechtlichen Verhaltensaufforderung durch den einen Teil dazu führt, daß dem anderen Teil Ansprüche insbesondere wegen positiver Vertragsverletzung erwachsen. Wann das der Fall ist, muß im Einzelfall unter Berücksichtigung des Parteiwillens aus der Natur der Sache oder nach § 242 festgestellt werden[3].

cc) Die Möglichkeit abweichender Einteilungen

Die aufgezeigten Einteilungsmöglichkeiten der Leistungspflichten in einzelne Gruppen stellen kein festgefügtes System dar. Der das Schuldrecht beherrschende Grundsatz

---

1) Zu ähnlichen, aber in Einzelheiten abweichenden Deutungen vgl.: FIKENTSCHER, § 8, 4., Abs. 2, S. 36; SCHMIDT, Obliegenheiten, S. 315 unter 12.; SOERGEL-SCHMIDT, Vorbem. 8 vor § 241, S. 5; STAUDINGER-WEBER, Einl. M 9 vor § 241, S. 182. ESSER, Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 5 V, S. 31, bezieht die Obliegenheit ausschließlich auf die Gläubigerstellung.
2) in dem oben bbb (3) erläuterten Sinn
3) Vgl. FIKENTSCHER, a.a.O.; STAUDINGER-WEBER, Einl. M 23 zu § 241, S. 186

der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB; Art. 2 GG) führt dazu[1], daß das schuldrechtliche Pflichtengefüge weitgehend abänderbar ist, so daß beispielsweise Nebenpflichten zu Hauptpflichten oder Obliegenheiten zu Nebenleistungspflichten erhoben werden können. Aber auch die rechtliche Entwicklung auf besonderen Gebieten kann zu abweichenden Einteilungen führen. Im Arbeitsrecht bietet die Ausbildung der Beschäftigungspflicht zur Hauptpflicht dafür ein anschauliches Beispiel, auf das im Einzelnen noch einzugehen sein wird.

b) Kritische Würdigung dieser Einteilungen insbesondere hinsichtlich ihrer Bedeutung für Leistungs- und Obliegenheitsverzögerungen im Arbeitsrecht

aa) Die Bedeutung der Einteilung nach dem zeitlichen Rang

Die Einteilung der Leistungspflichten nach ihrer zeitlichen Folge wird eigentlich nur aus Ordnungsgesichtspunkten vorgenommen, ohne daß ein echtes Bedürfnis dafür erkennbar wäre. Sie kann zwar dazu dienen, Gruppen von ähnlichen Erscheinungen aus Übersichtsgründen zusammenzufassen, gibt jedoch keinen Aufschluß über das Wesen der Leistungspflicht. Daher ist sie insbesondere für Leistungs- und Obliegenheitsverzögerungen im Arbeitsverhältnis von untergeordneter Bedeutung.

---

1) Vgl. FABRICIUS, B 2., S. 7

bb) Die Bedeutung der Einteilung nach dem sachlichen Rang

(1) Die begriffliche Trennung der Nebenpflichten von den eigentlichen, auf die Erfüllung des Schuldverhältnisses gerichteten Hauptpflichten hat wesentliche Vorteile[1]:

(a) Die Trennung bewirkt, daß die Nebenpflichten als solche klarer hervortreten und abgesondert vom Erfüllungsanspruch behandelt werden können.

(b) Bei gegenseitigen Verträgen bietet die Unterscheidung den Vorteil, daß man je nachdem, ob man nur die Leistungspflichten oder aber auch die Nebenpflichten in das Gegenseitigkeitsverhältnis einbezieht, Klarheit über die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. erhält, da diese Bestimmungen nur auf die in das Synallagma einbezogenen Pflichten anwendbar sind.

(c) Für die positive Vertragsverletzung gewährt die Trennung die Möglichkeit, die Schadenersatzfolge entweder nur an die Verletzung der Nebenleistungspflicht oder allein an die Verletzung der Nebenpflicht zu knüpfen.

(2) Die stark differenzierende sachliche Unterteilung der Leistungspflichten birgt aber auch Nachteile:

(a) So führen die begrifflichen Unschärfen und Überschneidungen zu erheblicher Erschwerung der Verständi-

---

1) Vgl. FIKENTSCHER, § 8, 3., S. 34; dort auch Näheres zu einem weiteren hier mangels Bedeutung für das Arbeitsverhältnis vernachlässigten Vorteil für Verträge zugunsten Dritter.

gung. Das zeigt sich deutlich bei der Verwendung des Begriffs "Nebenpflichten", wenn mit ihm einerseits die sich lediglich aus § 242 ergebenden Pflichten bezeichnet werden, er andererseits aber als Oberbegriff für diese und für die Nebenleistungspflichten ("selbständigen Nebenpflichten") gebraucht wird.

(b) Die herkömmliche Unterteilung der Leistungspflichten verleitet zu einer starren Handhabung des Einteilungsschemas. Bei einfachen Austauschverhältnissen, wie sie dem BGB-Gesetzgeber offenbar nur vorgeschwebt haben, mag das unschädlich sein. Bei Dauerschuldverhältnissen aber steht die Bedeutung der personenrechtlichen Pflichten in funktioneller Abhängigkeit zur Zeit. Je länger das Verhältnis dauert, desto intensiver treten die personenrechtlichen Pflichten in den Vordergrund[1]. Die starre Anwendung der aufgezeigten Einteilungen kann dann dazu führen, daß die Bedeutung bestimmter Pflichten völlig verzerrt wird, daß also z.B. die arbeitsrechtlichen Treue- und Fürsorgepflichten als nebensächlich erscheinen, obwohl sie schwerpunktmäßig neben die Lohnzahlungs- und Arbeitspflicht gehören[2].

(c) Nachteilig wirkt sich schließlich auch die Unklarheit über die rechtlichen Wirkungen der Verletzung von Nebenpflichten aus. Hier bietet sich zwar die positive Vertragsverletzung zur Regelung an, ihr Anwendungsbereich hängt jedoch davon ab, wie man die Nebenpflichten i.S. von Verhaltens- bzw. Sicherungs- oder Schutzpflich-

---

1) Vgl. BROX, Schuldrecht AT, § 2 II 1 c, Rdnr. 13 Abs. 2, S. 8; ESSER, Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 5 III 2 b letzter Abs., S. 28; DIETZEL, S. 45/46
2) Vgl. FIKENTSCHER, § 8, 3., S. 35 unten

ten auffaßt. Versteht man diese neben den Leistungspflichten als eigenständige Pflichtenkategorie, so müßte man nachweisen, daß Unmöglichkeit und Schuldnerverzug für diese Pflichten nicht passen, da man sonst eine weitere Leistungsstörungsart wie die positive Vertragsverletzung nicht braucht. Wenn man dagegen eine Behandlung dieser Pflichten als eigene Kategorie für unnötig hält[1], wird man verleitet, die positive Vertragsverletzung nur auf die sog. Schlechtleistung, welche im übrigen aber wiederum nicht eindeutig erfaßt werden kann[2], zu beziehen[3]. Unklar bliebe dann aber, welche Folgen denn die Nichtbeachtung der außerhalb der Schlechtleistung gelegenen Nebenpflichten, wie z.B. Gefährdung des Vertragszwecks[4] oder Verletzung von Rücksichtspflichten oder nachwirkenden Treuepflichten[5], haben soll. Da eine präzisierende, enumerative Tatbestandsbildung für die positive Vertragsverletzung fast unmöglich ist[6], führt eine differenzierende Pflichtenunterteilung zu keinem klaren Ergebnis und schafft daher bei der Rechtsanwendung keine wesentliche Hilfe.

(3) Für die Verwendung der sachlichen Einteilungen der Leistungspflichten in der vorliegenden Untersuchung ergeben sich damit folgende Konsequenzen:

---

1) Vgl. MEDICUS, § 14 IV 1 a bb, S. 125 f.
2) Zur Bandbreite dieses Begriffs vgl. z.B. FIKENTSCHER, § 42 I 2 b, S. 198, wonach auch der Verzug dazu gehört; DERS. auch § 42 III, S. 200 f.
3) So z.B.: MEDICUS, a.a.O.
4) Vgl. ERMAN-ERMAN, § 276 Bem. 7 b bb, S. 555
5) Vgl. ESSER, Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 52 VI 3 und 5, S. 385 f.
6) Vgl. ESSER, Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 52 VI vor 1., S. 383

(a) Die Grenze zwischen Leistungspflichten und Nebenpflichten ist flüssig. Auch lassen sich begrifflich die Nebenpflichten nicht von den Leistungspflichten trennen, da sie mittelbar auch auf die Erfüllung der Leistungspflicht zielen[1]. Es soll daher im folgenden unter Vermeidung von Differenzierungen nur das Begriffspaar Leistungspflicht - Nebenpflicht gebraucht werden, wobei die Unterscheidung nur auf die Eignung der Pflicht abstellt, als Forderung selbständig geltend gemacht werden zu können[2]. Eine generelle begriffliche Unterscheidung nach der Zugehörigkeit der Pflicht zum Synallagma ist nicht erforderlich. Das kann jeweils durch den Zusatz "gegenseitig" hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht werden.

(b) Eine scharfe Trennung zwischen selbständigen und unselbständigen Nebenpflichten aus dem Gesichtspunkt der Klarbarkeit ist nicht möglich[3]. Sie ist aber auch entbehrlich, da es sich bei der Klagbarkeit nicht um ein Institut des materiellen Rechts sondern um ein solches des Prozeßrechts handelt, das nach wohl noch h.M. als Prozeßvoraussetzung[4], z.T. aber nicht einmal als das[5], angesehen wird. Jedenfalls ist die Bedeutung der Klagbarkeit auch im Prozeßrecht gering, da grundsätz-

---

1) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. A 772, S. 307 letzter Abs., und A 774 a.E., S. 308; DERS., § 241 Bem. 89, S. 644 unten
2) In der Sache ebenso: FIKENTSCHER, § 8, 3. a.E., S. 35 unten, 36 oben; er verwendet aber das Begriffspaar "Hauptpflicht - Nebenpflicht".
3) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. A 772 letzter Abs. Mitte, S. 307 unten m.w.N.
4) Vgl. ROSENBERG-SCHWAB, § 93 III 1, S. 441; BAUMBACH-LAUTERBACH, Grundz. 3 und 4 vor § 253
5) Vgl. LENT-JAUERNIG, § 33 IV 3, S. 92 unten; BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, § 35 II, S. 170

lich jeder Anspruch klagbar ist[1]. Die Klagbarkeit ist zumindest in der Nähe des Rechtsschutzbedürfnisses einzuordnen[2] und hat ihre Wurzeln im aktionenrechtlichen Denken, wo dem Rechtsschutzinteresse des Gläubigers durch eine Vielzahl einzelner Klagetypen Rechnung getragen wurde[3]. Es ist deshalb nicht zu leugnen, daß viele Anspruchsgrundlagen des BGB auf solche historisch prozessualen Modelle zurückzuführen sind. Heute besteht jedoch die Aufgabe des materiellen Rechts nicht mehr darin, die Grundlagen für einzelne Prozeßvoraussetzungen zu schaffen, da im Prozeßrecht zur Durchsetzung materieller Ansprüche die Leistungsklage zur Verfügung steht[4]. Es soll daher im folgenden von einer Unterteilung der Nebenpflichten aus dem Gesichtspunkt der Klagbarkeit abgesehen werden.

(c) Die Unterscheidung zwischen Nebenpflichten und Obliegenheiten, für die der Gesichtspunkt der Klagbarkeit ebenfalls bedeutungslos ist[5], führt trotz fließender Grenzen nicht zu begrifflicher Verwirrung. Diese Unterscheidung soll deshalb hier beibehalten werden. Sie ist insbesondere von Bedeutung für die allgemeinen Mitwirkungsobliegenheiten, die durch den Komplex der Vorschriften über den Gläubigerverzug begründet werden[6].

---

1) Vgl. ROSENBERG-SCHWAB, a.a.O. vor 1 und unter 1, wonach es im heutigen Recht lediglich noch zwei unklagbare Ansprüche gibt: § 1001 BGB (Verwendungsersatzanspruch des Besitzers) und § 375 HGB (Anspruch des Verkäufers auf Vornahme der Bestimmung durch den Käufer).
2) Vgl. BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, wo beide in § 35 II (Überschrift), S. 170, zusammengefaßt sind.
3) Vgl. dazu KAUFMANN, JZ 1964, S. 482-489
4) Vgl. ESSER, Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 5 III 1 vor a, S. 25
5) Vgl. SCHMIDT, Obliegenheiten, S. 39 unten
6) Vgl. SCHMIDT, Obliegenheiten, S. 316 unter 14

IV. Wesen und Grenzen des Schuldnerverzugs im BGB

Systematische Darstellungen dieses Rechtsinstituts finden sich zur Genüge in Lehrbüchern und Kommentaren. Es kann deshalb hier nur darum gehen, die Zusammenhänge zu den übrigen Leistungsstörungstatbeständen aufzuzeigen und diejenigen Rechtsfolgen hervorzuheben, welche für das Arbeitsverhältnis bedeutsam erscheinen.

1. Allgemeine Bemerkungen zum Tatbestand

Schuldnerverzug ist die rechtswidrige vom Schuldner zu vertretende Verzögerung der Leistung. Die Rechtswidrigkeit umfaßt dabei auch die sog. Vertragswidrigkeit, da der Vertrag gem. §§ 241, 305 das zwischen den Vertragspartnern nach ihrem Willen geltende Recht manifestiert[1]. Mit dieser Begriffsbestimmung sind folgende Elemente als Voraussetzung für die Auslösung der Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs umschrieben, wobei die Punkte (b) bis (d) als nähere Ausgestaltung der Rechtswidrigkeit aufzufassen sind[2]:

(a) Leistungsverzögerung, also Nichtleistung trotz Fälligkeit (§ 284 Abs. 1 Satz 1), wobei der Leistungsbegriff[3] und die Abgrenzung zur Unmöglichkeit[4] besonders zu beachten sind;

---

1) LARENZ, Schuldrecht I, § 23 vor I, S. 251, wählt den Ausdruck "obligationswidrig"; bei SOERGEL-SCHMIDT, § 284 Bem. 1, S. 317, heißt es "pflichtwidrig"; beides bedeutet sachlich keine Abweichung, vgl. BROX-RÜTHERS, § 16 III 1, S. 261 f., m.w.N. in FN 12 f.; LÖWISCH, AcP 165, 422 unter I 1; STREMPEL, S. 48

2) So ist z.B. die Mahnung, soweit nicht § 284 Abs. 2 eingreift, Voraussetzung dafür, daß die Verzögerung pflichtwidrig (also rechtswidrig) ist.

3) Dazu unten 2., S. 40 f.

4) Dazu unten 3. a, S. 41 ff.

(b) Mahnung (§ 284 Abs. 1 Satz 1);

(c) Vollwirksamkeit, insbesondere Einredefreiheit[1] der auf die Leistung gerichteten Forderung;

(d) Vertragstreue des Gläubigers (§ 242)[2] und

(e) Mißlingen des dem Schuldner obliegenden Beweises für seine Nichtverantwortlichkeit an der Verzögerung (§§ 285, 276 - 279).

Diese Voraussetzungen unterliegen im Arbeitsverhältnis grundsätzlich keinen Besonderheiten, so daß sich Einzelheiten aus den schuldrechtlichen Abhandlungen ergeben. Abgesehen davon kommt der den Gläubiger treffenden Obliegenheit der M a h n u n g im Arbeitsverhältnis kaum Bedeutung zu. Dort führt die i.d.R. gegebene kalendermäßige[3] Bestimmung der Leistungspflichten dazu, daß auf Grund des Satzes "dies interpellat pro homine" (§ 284 Abs. 2 Satz 1) der Schuldnerverzug grundsätzlich ohne Mahnung eintritt. Ausnahmen können sich nur dort ergeben,

---

1) Zum Problem, ob die Rechtswidrigkeit der Verzögerung schon durch das bloße Bestehen oder erst durch die begründete Geltendmachung einer Einrede ausgeschlossen wird, vgl. LARENZ, Schuldrecht I, § 23 I c, S. 255-258; die h.M. läßt i.d.R. das bloße Bestehen genügen, hält aber beim Zurückbehaltungsrecht (§ 273) die Geltendmachung für nötig, da der Gläubiger in die Lage versetzt werden muß, sein Abwendungsrecht durch Sicherheitsleistung (§ 273 Abs. 3) auszuüben, wogegen ihm diese Möglichkeit bei der "Zug-um-Zug-Einrede"des § 320 durch § 320 Abs. 1 Satz 3 verwehrt ist und demnach dort wiederum schon das Bestehen der Einrede den Verzug hindert, vgl. z.B.: ESSER, Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 49 II 1, S. 348; LARENZ, a.a.O., S. 257 unten/258; BROX, Schuldrecht AT, § 19 I 2 Abs. 3, Rdnr. 267, S. 151 und § 12 II 3 b, Rdnr. 159, S. 83; ERMAN-ERMAN, § 284 Bem. 4a aa, S. 595 f.; SOERGEL-SCHMIDT, § 284 Bem. 2, S. 317

2) Vgl. FIKENTSCHER, § 45 II 6, S. 231; LARENZ, Schuldrecht I, § 23 II b a.E., S. 264

3) Das hat nichts mit der unten (D IV 2 b, S. 80 ff.) behandelten eventuellen z e i t l i c h e n Fixierung zu tun. Der Kalender bestimmt nur Tage, die Zeit dagegen hat kleinere Einheiten (Stunde, Minute etc.).

wo davon ausgegangen werden darf, daß die arbeitsvertragliche Leistung an einem beliebigen Tag erfolgen kann.

Meistens hat es aber nur den Anschein, daß bei einigen Leistungen des Arbeitsverhältnisses der Leistungstag beliebig ist. So ist z.B. für die Pflicht des Arbeitgebers zur Gewährung von Erholungsurlaub eine Leistungszeit gesetzlich nicht festgelegt, der Urlaub muß lediglich grundsätzlich[1] im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG), wenn er nicht verfallen[2] soll[3]. Trotz dieser Leistungsmöglichkeit während eines ganzen Jahres kommt aber doch eine Mahnung hinsichtlich des Urlaubsanspruchs nicht vor[4]. Der Urlaubsanspruch entsteht erstmalig nach Ablauf der Wartezeit (§ 4 BUrlG) und in den folgenden Jahren dann jeweils am 1. Januar (Stichtag). Das heißt aber nicht, daß er zu diesen Zeitpunkten auch fällig wäre. Die Fälligkeit des Urlaubsanspruchs wird vielmehr erst durch die vom Arbeitgeber eventuell gemeinsam mit dem Betriebsrat nach § 7 Abs. 1 BUrlG, § 315 BGB vorzunehmende zeitliche Festlegung herbeigeführt[5]. Vor dieser Festlegung kommt eine Mahnung (§ 284 Abs. 1) mangels Fälligkeit des Urlaubsanspruchs nicht in Betracht, nach der Festlegung ist die Mahnung gemäß § 284 Abs. 2 Satz 1 nicht mehr erforderlich.

---

1) Ausnahme: die Übertragung nach § 7 Abs. 3 Sätze 2 ff. BUrlG
2) Zur Rechtsnatur des Erlöschensgrundes vgl. HEITHER, ArbuR 1968, 165 ff.
3) Vgl. LEPKE, BB 1968, S. 632 ff.; BOLDT-RÖHSLER, § 7 BUrlG, Bem. 52
4) a.A. noch LAG BREMEN, Urt. v. 19.8.1953 - Sa 116/53 = AP Nr. 1, Bl. 2 Rückseite, zu § 6 UrlaubsG Bremen (m. zustimmender Anm. DERSCH)
5) Ganz h.M., vgl. MEISEL, DB 1965, S. 892 unter II.; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 49 VI 1, S. 447; BAG, Urt. v. 12.10.1961 - 5 AZR 423/60 = BAG 11, 318 (325); und die Nachweise bei BOLDT-RÖHSLER, § 7 BUrlG, Bem. 37, S. 304 sowie STAHLHACKE, § 1 BUrlG, Bem. 37, S. 44; a.A.: BOLDT-RÖHSLER, a.a.O., S. 303; STAHLHACKE, a.a.O.

Trotz dieser Bedeutungslosigkeit der Störung im Austauschverhältnis dürfen bei dort zu verwendende Leistungsbegriff und die Regelung der Schuldnerverzugs von den anderen Leistungsstörungen grundlegend bedeutsam sein. Deshalb werden beide in besonderen Punkten erörtert.

2. Die Auslegung des Leistungsbegriffs im Schuldnerverzugsrecht

Ebensowenig wie für das Schuldrecht im allgemeinen[1] kann auch für das Schuldnerverzugsrecht ein einheitlicher Leistungsbegriff festgelegt werden. Trotzdem wird er in Lehre und Praxis[2] zum Teil ausschließlich auf die letzte geschuldete Handlung bezogen und stellt auf den Eintritt des Leistungserfolgs. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Maßgebend ist vielmehr auch hier die Auslegung des einzelnen Rechtsverhältnisses. So kann zum Inhalt haben, daß der Schuldner bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu handeln hat, gemessergt aber auch, daß er bis dahin den Leistungserfolg herbeiführen muß[3].

Wenn man trotz der geschilderten Beschränkung des Leistungsbegriffs beim Schuldnerverzug zu richtigen Ergebnissen kommt, dann liegt das daran, daß das an sich vom Leistungsbegriff nicht umfaßte Korrektiv des Vertretenmüssens (§ 286) zur Bestimmung des Leistungsbegriffs herangezogen wird. So kommt man dann dazu, daß eine Verzögerung des Leistungserfolges schon deshalb keinen Schuldnerverzug begründen kann, weil den Schuldner sie nicht

---

1) Vgl. oben C III 1 b, S. 19 ff.

2) Vgl. z.B. BGHZ, Schuldrecht AT, 6. Aufl., § 40 II 5 b, S. [illegible]; [illegible] § 14 III 2 c, S. 101; Kln LM, § [illegible] I 1 Bl. [illegible] – NJW 57, 861 (Ls)

3) Vgl. Fikentscher, S. 191 f., [illegible]

zu vertreten habe[1]. Damit werden in dogmatisch nicht einwandfreier Weise die objektiven und subjektiven[2] Elemente des Schuldnerverzugs vermengt, was dazu führen kann, daß die Fälle objektiver Leistungsverzögerung, die sich bei Fehlen eines Rechtswidrigkeitselementes (oben 1, b-d) und Möglichkeit der Leistung ergeben[3], nicht klar erkennbar sind. Wegen dieser Gefahr sollte man davon absehen, den Leistungsbegriff im Schuldnerverzugsrecht nur auf die Leistungshandlung zu beziehen.

3. Abgrenzung zu anderen Leistungsstörungen

Die tatbestandliche Abgrenzung des Schuldnerverzuges von Unmöglichkeit, Unvermögen, Gläubigerverzug und positiver Vertragsverletzung ist schon bei einmaligen Austauschverträgen nicht immer einfach, um so mehr verschwimmen bei Dauerschuldverhältnissen die Grenzen[4]. Nachfolgend sollen daher nur die wesentlichen Gesichtspunkte aufgezeigt werden, um eine Basis für die Abgrenzung im Arbeitsverhältnis zu gewinnen. Eine Gegenüberstellung von Schuldner- und Gläubigerverzug erfolgt erst im Anschluß an die Darstellung des Gläubigerverzugs[5].

a) Schuldnerverzug und objektive Unmöglichkeit[6]

Von objektiver Unmöglichkeit spricht man, wenn die Leistung ihrem Gegenstand nach für jedermann unerbringlich

---

1) So: MEDICUS, § 14 III 1 b Abs. 5, S. 122
2) Auf diesen Unterschied weist bereits HECK hin, vgl. sein Schuldrecht § 36, 3., S. 107
3) Zu Einzelheiten vgl. FIKENTSCHER, § 45 IV 3, S. 239; MEDICUS, § 13 I 1 c, S. 99 f.
4) Vgl. KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, II 3 a, S. 132
5) Unten C VI, S.62 - 64
6) Dazu neuerdings eingehend: JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung 1969, 2. Kap. IV: "Unmöglichkeit der Leistung und Schuldnerverzug", S. 82-103

ist[1]. Dabei ist zwischen anfänglicher und nachträglicher objektiver Unmöglichkeit zu unterscheiden.

(1) Bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit kommt ein Schuldverhältnis nicht zustande (§ 306). Demzufolge entstehen keine Leistungspflichten, so daß die Frage der Abgrenzung zum Schuldnerverzug nicht auftaucht[2].

(2) Bei dauernder nachträglicher objektiver Unmöglichkeit wird der Bestand der primären Leistungspflicht zerstört, und diese wird entweder in eine sekundäre Leistungspflicht umgewandelt (§§ 280, 325, 276-278) oder der Schuldner wird völlig befreit (§ 275 Abs. 1). Demgegenüber setzt Schuldnerverzug wesensmäßig voraus, daß die primäre Leistungspflicht mit ihrem ursprünglichen Inhalt noch fortbesteht, daß sie also noch nachholbar ist[3]. Der Schuldnerverzug ist somit kein Unterfall der Unmöglichkeit[4], sondern Schuldnerverzug und Unmöglichkeit schließen einander unbedingt und wesensmäßig aus[5].

Das Kriterium der Nachholbarkeit ist allerdings recht unsicher[6]. Fest steht nur, daß bei dauernder Unmöglichkeit die Unmöglichkeitsregeln eingreifen. Die bloß vorübergehende Unmöglichkeit ist dagegen nach den Schuldnerverzugs-

---

1) Vgl. statt vieler: ROTH, JuS 1968, S. 101 unten/102 oben
2) Zu der sich möglicherweise bei "höchstpersönlichen Dienstleistungen" ergebenden Besonderheit vgl. unten E III 1 b bb (1), S. 94
3) Vgl. ERMAN-ERMAN, § 284 Bem. 3 a aa, S. 593; ESSER, Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 49 I, S. 347; LARENZ, Schuldrecht I, § 23 vor I, S. 251/252; FIKENTSCHER, § 45 II 1, S. 229; STAUDINGER-WERNER, Vorbem. 40 a.E. vor §§ 275 ff., S. 288; ROTH, JuS 1968, S. 101 unter I 1; RG, II. ZS, Urt. v. 17.10.1919 (II 107/19) = RGZ 97. Bd. (1920), 6 (9)
4) Vgl. STAUDINGER-WERNER, Vorbem. 44 vor §§ 275 ff., S. 28
5) Vgl. ROTH, a.a.O., m.w.N.
6) Vgl. ESSER, a.a.O., S. 348

regeln zu beurteilen, wobei während der Dauer dieser zeitweiligen Unmöglichkeit die Leistung allerdings nicht verlangt werden kann[1]. Wie lange die zeitweilige Unmöglichkeit dauern darf, um noch nach Schuldnerverzugsregeln beurteilt werden zu können, steht nicht eindeutig fest. Man bezeichnet diese Zeitspanne auch als "Erfüllungszeitraum"[2], dessen Dauer nicht allgemein sondern nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere dem Gegenstand der Leistung und dem Vertragszweck sowie der Verkehrsanschauung zu bestimmen ist[3].

Für Dauerverpflichtungen wird die Meinung vertreten, immer wenn ein Teil der Zeit, während der dauernd zu erfüllen war, ohne Erfüllung verflossen ist, liege Teilunmöglichkeit vor[4]. Teilweise heißt es auch, es trete Unmöglichkeit ein, wenn die Verpflichtung für einen kalendermäßig bestimmten Zeitraum festgelegt oder die Einhaltung des Anfangstermins für das Schuldverhältnis von wesentlicher Bedeutung ist[5]. Ob letzteres zutrifft, kann aber nur unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und Abwägung der Belange beider Vertragsteile nach § 242 beurteilt werden, so daß auch hier die Regeln über den "Erfüllungszeitraum" in Betracht kommen.

(3) Für den Eintritt der Unmöglichkeit während des Schuldnerverzuges ist zu trennen:

---

1) Vgl. NASTELSKI, JuS 1962, S. 292 unter 5 vor a; JAKOBS, a.a.O., S. 83 unten bis 86 oben, mit Angabe abweichender Ansichten in FN 37, S. 84
2) Gegen diese "Lehre" neuerdings FABRICIUS, [illegible] 2, S. 40 f.
3) Vgl. NASTELSKI, JuS 1962, S. 294 unter 1 a m.w.N.
4) So: STAUDINGER-WERNER, Vorbem. 43 vor §§ 275 ff., S. 289; BGH II. ZS, Urt. v. 11.7.1953 (II ZR 126/52) = BGHZ 10. Bd., S. 187 (189 Abs. 2 Mitte)
5) So: ERMAN-ERMAN, § 284 Bem. 3 a aa, S. 594 oben

(a) Handelt es sich um dauernde Unmöglichkeit, so gelten mit der Erweiterung des § 287 Satz 2 auch auf zufälligen Unmöglichkeitseintritt die Vorschriften über Unmöglichkeit[1].

(b) Handelt es sich bloß um vorübergehende Unmöglichkeit, so dauert der Schuldnerverzug unverändert an, und zwar auch, wenn die zeitweilige Unmöglichkeit nur auf Zufall beruht, da der Schuldner dann die zufällige zeitweilige Unmöglichkeit ebenfalls zu vertreten hat (§ 287 Satz 2)[2].

b) Schuldnerverzug und subjektive Unmöglichkeit (Unvermögen)

Subjektive Unmöglichkeit (im Gesetz als Unvermögen bezeichnet, § 275 Abs. 2)[3] liegt vor, wenn die Leistung nicht vom Schuldner, aber von einem Dritten bewirkt werden kann, d.h. wenn der Hinderungsgrund ausschließlich in der Person des Schuldners liegt[4]. Auch hier ist anfängliches und nachträgliches Eintreten zu trennen.

(1) Anfängliches Unvermögen führt keine Nichtigkeit des Schuldverhältnisses herbei (arg. §§ 306, 275 Abs. 2)[5], und die Leistungspflichten entstehen wirksam. Damit kommt auch eine Gegenüberstellung von anfänglichem Unvermögen und Schuldnerverzug in Betracht, die aber keine Schwierigkeiten bereitet. Bei dauerndem anfänglichen

---

1) Vgl. ERMAN-ERMAN, a.a.O., unter cc; LARENZ, Schuldrecht I, § 23 vor I, S. 252
2) Vgl. NASTELSKI, JuS 1962, S. 293 linke Spalte unter 5 c
3) Nach JAKOBS, a.a.O., 5. Kap. III 2 a.E., S. 267 letzter Absatz, kommt dieser Störungsform über die Bezeichnung der Erfüllungsverweigerung hinaus keine nennenswerte Funktion zu und gehören die Begriffe des Unvermögens und der subjektiven Unmöglichkeit in die Dogmengeschichte.
4) Statt vieler vgl. ROTH, JuS 1968, 102 m.w.N. dort in FN 9 und 10
5) Vgl. BROX, Schuldrecht AT, § 18 III 1, Rdnr. 236, S. 135

Unvermögen besteht eine Garantiehaftung des Schuldners für seine eigene Leistungsfähigkeit[1]. Handelt es sich nur um vorübergehendes anfängliches Unvermögen, so greifen die Schuldnerverzugsregeln ein[2].

(2) Das nachträgliche Unvermögen steht in jeder Hinsicht der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit gleich. Das gilt, obwohl nur in § 275 Abs. 2 ausdrücklich gesagt, unstreitig für alle anderen Bestimmungen, soweit nicht ausdrücklich Sonderregelungen (z.B. § 279) getroffen sind.[3] Für das Verhältnis des Schuldnerverzugs zum nachträglichen Unvermögen kann daher auf die Ausführungen zu a (2) und (3)[4] Bezug genommen werden.

c) Schuldnerverzug und positive Vertragsverletzung (PVV)

Der Tatbestand der positiven Vertragsverletzung erfaßt alle zu vertretenden Pflichtverletzungen, die nicht spezialgesetzlich geregelt sind[5], die insbesondere also weder Unmöglichkeit der Leistung noch Verzug zur Folge haben[6]. Unter Pflicht ist dabei alles zu verstehen, was

---

1) So die h.M.; nach a.A. ist anfängliches Unvermögen gleich dem nachträglichen zu behandeln (Verschuldensgrundsatz); der Streit betrifft kein Problem des Verzugsrechts, soll daher hier nicht vertieft werden; Näheres z.B. bei: BROX, Schuldrecht AT, § 18 III 2, Rdnr. 237, S. 135 f.; MEDICUS, § 14 I 1 b, S. 116; ROTH, JuS 1968, S. 104 bei FN 35 und S. 108 bei FN 71, 72; RG V. ZS., Urt. v. 21.10.1908 (598/07) = RGZ 69. Bd. (1909), 355 (357); RG V. ZS., Urt. v. 26.10. 1912 (185/12) = RGZ 80. Bd. (1913), 247 (250 vor 2.)
2) Vgl. WILDE, BGB-RGRK, § 306 Anm. 4, S. 1122; PALANDT-HEINRICHS, § 306 Bem. 3, S. 278; NASTELSKI, JuS 1962, 298 rechte Spalte unter 2 a.E.; RGZ 80, 250 (wie vorige FN)
3) Vgl. ROTH, JuS 1968, S. 102 FN 11; MEDICUS, § 13 I 1 a aa (2), S. 98
4) oben S. 42 - 44
5) Vgl. BROX, Schuldrecht AT, § 20 I 2, Rdnr. 286, S. 160
6) Vgl. statt vieler: BGH I. ZS, Urt. v. 13.11.1953 (I ZR 140/52) = BGHZ 11. Bd. (1954), S. 80 (83 unter III.)

vom Schuldner auf Grund des Schuldverhältnisses überhaupt verlangt werden kann[1], also fallen außer den Nebenpflichten auch die Leistungspflichten darunter, soweit nicht Unmöglichkeit oder Schuldnerverzug eingreifen[2]. Aus der Definition ergibt sich klar, daß Schuldnerverzug die pVV ausschließt. Dies gilt aber nur in Bezug auf Leistungsverzögerungen, nicht jedoch, wenn daneben noch Schlechterfüllung i.S. einer nicht zeitbezogenen Pflichtverletzung gegeben ist und daraus ein weiterer Schaden (Begleitschaden) entsteht[3]. In diesem Fall wird der über den Verzögerungsschaden hinausgehende Schaden von der pVV erfaßt.

Die Ausschließlichkeit des Schuldnerverzugs im Bereich der Leistungsverzögerung gegenüber der pVV zeigt sich besonders darin, daß die pVV auch dann nicht zum Zuge kommt, wenn bei Leistungsverzögerung der Tatbestand des Schuldnerverzugs deshalb nicht erfüllt ist, weil eines seiner spezifischen Rechtswidrigkeitselemente (z.B. Mahnung) fehlt[4]. Es ist also in diesem Fall nicht möglich, auf den allgemeinen Haftungstatbestand der pVV zurückzugreifen[5].

---

1) Vgl. RG VII. ZS, Urt. v. 9.5.1939 (VII 251/38) = RGZ 160. Bd. (1939), S. 310 (314)
2) Dem BGH, a.a.O., dürfte jedoch insoweit nicht zu folgen sein, als er auch die "reinen Gläubigerobliegenheiten" zur pVV rechnet; dadurch würden diese Verhaltensgebote mit Schadenersatzsanktion versehen, was nach obigen Ausführungen (siehe C II 2 a bb ccc, S. 29 f.) die Obliegenheit zur Nebenpflicht macht.
3) Vgl. NASTELSKI, JuS 1962, 296 unter V a
4) a.A. offenbar noch das RG VII. ZS, Urt. v. 27.3.1908 (VII 274/07) = RGZ 68. Bd., S. 192 (193 f.), das eine schon vor Fälligkeit verursachte Leistungsverzögerung mangels Mahnung als Forderungsverletzung ansah.
5) Vgl. NASTELSKI, JuS 1962, S. 297 linke Spalte unter c a.E.

4. Schuldnerverzug und Geldschuld

Da die Geldschuld i.S. der Geldbetragsschuld im Arbeitsverhältnis eine wesentliche Rolle spielt (Lohnzahlungspflicht), soll kurz ihr Verhältnis zum Schuldnerverzug gestreift werden. Dabei tauchen Abgrenzungsprobleme zur objektiven Unmöglichkeit und zur pVV nicht auf, da irgendjemand immer Geld hat und Schlechtleistung nicht denkbar ist[1]. Außer dem Schuldnerverzug bliebe für die Geldschuld also nur das Unvermögen. Selbst im Unvermögensfalle ignoriert die Rechtsordnung aber hier die Regelung des § 275 Abs. 2 und läßt den Schuldner weiterhin für seine primäre Verpflichtung haften, da es sinnlos wäre, die Geldschuld nach §§ 280, 279 in eine Sekundärschuld zu verwandeln, die auch nur auf Geld lauten könnte. Der Streit, ob man diese Verpflichtung direkt aus § 279 herleiten kann[2] oder ob hinsichtlich der Geldmittel eine Garantiehaftung besteht[3], ist ohne praktische Bedeutung. Bei der Geldschuld bleibt im Endeffekt nur der Schuldnerverzug als Leistungsstörung übrig, wobei sogar ein Vertretenmüssen nicht erforderlich ist.

5. Das System der Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs im BGB

Über die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs im BGB soll hier nur ein systematisch zusammenfassender Überblick gegeben werden, um eine Grundlage für die stark abweichenden Regeln beim Arbeitsverhältnis zu haben. Drei

---

1) Vgl. ROTH, JuS 1968, 105 unter a; MEDICUS, § 13 II 1 a, S. 101
2) So: ROTH, a.a.O., S. 105 f. unter d
3) So: MEDICUS, § 13 III 1 a, S. 106

Grundtypen können hervorgehoben werden. Zu unterscheiden sind die Einwirkung auf die Risikosphäre des Schuldners, die Wirkungen bei Bestehenbleiben und diejenigen bei Umwandlung der Primärpflicht.

a) Die Erweiterung der Risikosphäre des Schuldners

Durch den Schuldnerverzug fallen bisherige Beschränkungen der Verantwortlichkeit auf grobe Fahrlässigkeit oder diligentia quam in suis fort (§ 287 Satz 1), und die Verantwortlichkeit wird auch auf zufällig eintretende Unmöglichkeit ausgedehnt (§ 287 Satz 2, mit Einschränkung im Nachsatz). Darin liegt praktisch eine Erweiterung der vom Schuldner zu tragenden Gefahr auch auf nicht "adäquate" Kausalzusammenhänge[1], so daß der Schuldnerverzug eine Erweiterung der Risikosphäre des Schuldners bewirkt.

b) Die Wirkungen bei Bestehenbleiben der Primärpflicht

Solange der Gläubiger sich nicht anders entscheidet (vgl. §§ 286 Abs. 2, 326), wird grundsätzlich der Anspruch auf Erfüllung der primären Leistungspflicht aufrechterhalten. Daneben kann der Gläubiger jedoch den Ersatz des durch die Verzögerung entstandenen Schadens verlangen (§ 286 Abs. 1). Bei Geldschulden können als Mindestverzugsschaden 4% Zinsen verlangt werden (§ 288 Abs. 1).

---

1) h.L., vgl. LARENZ, Schuldrecht I, § 23 II a a.E., S. 266

c) Die Wirkungen bei Umwandlung der Primärpflicht

Sieht der Gläubiger die Erfüllung der Primärpflicht nicht mehr als erstrebenswert an, hat er verschiedene Möglichkeiten, eine Umwandlung in sekundäre Leistungspflichten herbeizuführen, je nachdem, ob es sich um einseitige oder gegenseitige Primärpflichten handelt.

aa) Bei einseitiger Primärpflicht

kann er unter Ablehnung der Primärleistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung[1] verlangen, wenn die Leistung infolge des Verzugs für ihn kein Interesse mehr hat (§ 286 Abs. 2). Kann der Gläubiger den Fortfall des Interesses nicht beweisen, kommt grundsätzlich eine Umwandlung der Primärpflicht nicht in Betracht[2].

bb) Bei gegenseitigen Leistungspflichten

(1) Ist der Schuldner mit einer gegenseitigen Leistungspflicht im Verzug[3], besteht für den Gläubiger die Möglichkeit, bei Interessewegfall (§ 326 Abs. 2) oder erfolgloser Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung (§ 326

---

1) Ob dieser den Verzögerungsschaden (§ 286 Abs. 1) umfaßt, ist str. Dafür z.B. LARENZ, Schuldrecht I, § 23 II a, S. 259; ESSER, Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 49 III 3., S. 353. Dagegen: FIKENTSCHER, § 45 III 1 c, S. 232 unten. Näheres vgl. unten, S. 51, FN 2.

2) Eine Ausnahme bei endgültiger Leistungsverweigerung macht FIKENTSCHER, § 45 III 1 d, S. 233.

3) Dazu muß der Gläubiger wegen der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich seine eigene Leistung in Annahmeverzug begründender Weise (§§ 293 ff., 298) anbieten, vgl. ESSER, Schuldrecht AT, 4. Aufl., § 49 IV vor 1., S. 353; KIRN, JZ 1969, 327 f. unter II 2 b, der zur Darstellung des gegenseitigen Vertrages neben den bisherigen Theorien (Einrede- bzw. Bedingungstheorie) eine sog. Austauschtheorie entwickelt, a.a.O., S. 326 f. unter 2. Da bei den gegenseitigen Pflichten des Arbeitsverhältnisses von der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers auszugehen ist (§ 614), soll die Problematik nicht vertieft werden.

Abs. 1 Satz 1) Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 326 Abs. 1 Satz 2) oder vom Vertrag zurücktreten (§§ 326 Abs. 1 Satz 2, 327); wird die Leistung erst während der Nachfrist teilweise bewirkt und hat die teilweise Erfüllung des Vertrages für den Gläubiger kein Interesse, so kann er unter Ablehnung der Restleistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen (§§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2, 280 Abs. 2) oder den Rücktritt vom gesamten Vertrag erklären (§§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2, 327).

(2) Von der teilweisen Bewirkung der Leistung während der Nachfrist ist der für das Arbeitsverhältnis besonders bedeutsame Fall des **Teilverzugs** zu unterscheiden. Dieser liegt vor, wenn der Schuldner nur mit trennbaren Teilen der Leistung im Verzug ist. Der erfüllte und der nicht ausgeführte Teil sind dann jeweils rechtlich selbständig zu beurteilen[1], so daß die Rechte aus § 326 grundsätzlich nur hinsichtlich des Leistungsrestes, mit dem der Schuldner in Verzug ist, geltend gemacht werden können. Ausnahmsweise kann der Gläubiger diese Rechte in bezug auf den ganzen Vertrag ausüben, wenn die Erfüllung des ganzen Vertrages wegen des Teilverzugs für ihn kein Interesse mehr hat. Das folgert die h.M.[2] in entsprechender Anwendung aus § 326 Abs. 1 Satz 3, dessen Wortlaut nur fordert, daß die Leistung bis zum Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt ist, dagegen nicht zu der Auslegung nötigt,

---

1) Vgl. BGHZ, Urt. v. 1.2.1962 - VII ZR 213/60 = BGHZ 36, 316 (318 unter a). Die Entscheidung betrifft teilweise nicht ausgeführte Baggerarbeiten.
2) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, § 326 Bem. 3a, S. 306 oben

daß die teilweise Nichterfüllung in die Frist fallen muß[1].

6. Die Dauer des Schuldnerverzugs

Das fortlaufende Entstehen weiterer Verzugsfolgen kann der Schuldner verhindern, wenn er die Verzugsleistung und die neue Leistung[2] ordnungsgemäß anbietet, bevor eine Umwandlung der Primärpflicht in eine Sekundärpflicht vollzogen ist. Mit dem Eintritt des Gläubigerverzugs wird daher i.d.R. der Schuldnerverzug beendet[3].

Der Verzug kann auch durch Vereinbarung (insbesondere Stundung) aufgehoben werden, wobei jedoch die Wirkungen der Vereinbarung im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln sind. Abgesehen von einer entsprechenden Vereinbarung wirkt die Beendigung des Verzuges niemals zurück, so daß insbesondere bereits entstandene Gestaltungsrechte des Gläubigers (z.B. die Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen) bestehen bleiben[4].

---

1) Vgl. RGZ, Urt. v. 22.1.1901 - Rep. V. 426/01 = RGZ 50 (1902), 138 (141)

2) Gleichzeitiges Angebot des Ersatzes des Verzögerungsschadens ist nicht erforderlich, da der entsprechende Anspruch selbständig ist und der Schuldner abwarten können muß, ob und in welcher Höhe der Gläubiger überhaupt Verzugsschaden geltend machen will. Vgl. ESSER, Schuldrecht AT, 3. Aufl., § 49 III 4, S. 352 (in der 4. Aufl. ist diese Frage nicht mehr behandelt); EISENHARDT, JuS 1970, 489 unter IV 2 b (S. 492); BLOMEYER, Schuldrecht, § 29 III, S. 156; a.A. ERMAN-ERMAN, § 284 Bem. 6a, S. 600; STAUDINGER-[illegible], Vorbem. 48 zu §§ 275 ff., S. 291; LARENZ, Schuldrecht I, § 23 I d, S. 258

3) Vgl. FIKENTSCHER, § 45 II 5, S. 231; EISENHARDT, JuS 1970, 491 unter IV 1; Näheres dazu unten V. 3. b) ff.

4) Vgl. SOERGEL-SCHMIDT, § 284 Bem. 11 a.E., S. 826; ERMAN-ERMAN, § 285 Bem. 6 b a.E., S. 600; LARENZ, Schuldrecht I, a.a.O.; EISENHARDT, JuS 1970, 489 vor I

V. Wesen und Grenzen des Gläubigerverzugs im BGB

Auch hier handelt es sich nur darum, den Gläubigerverzug im System der Leistungsstörungen des BGB hervorzuheben, um eine Grundlage für die arbeitsrechtliche Untersuchung zu gewinnen.

1. Tatbestandlicher Überblick

Als Gläubigerverzug oder Annahmeverzug[1] kann man die auf dem Verhalten des Gläubigers beruhende rechtswidrige[2] Leistungsverzögerung bezeichnen[3]. Das ist zwar lediglich eine vage Umschreibung, die einzelnen Elemente ergeben sich aber im wesentlichen aus den §§ 293-299. Es sind:

(a) auf seiten des Schuldners:

(1) Leistungsberechtigung ("Leistendürfen", § 271),
(2) Leistungsmöglichkeit ("Leistenkönnen", § 297),
(3) Leistungsbereitschaft ("Leistenwollen") sowie
(4) Leistungsangebot (§ 293), das grundsätzlich tatsächlich ("Realofferte", § 294), ausnahmsweise wörtlich ("Verbalofferte", § 295) und bei Unterbleiben einer kalendermäßig fixierten Mitwirkungshandlung des Gläubigers gar nicht (§ 296) erfolgen muß;

(b) auf seiten des Gläubigers:

(5) Erfüllungsverzögerung, sei es durch Nichtannahme der angebotenen Leistung (§ 293[4]), durch mangelnde Annahmebereitschaft (§ 295 Satz 1, 1. Alt.), durch Unterlassen einer erforderlichen Mitwirkung (§§ 295 Satz 1, 2. Alt., 296) oder durch Nicht-

---

1) Beide Begriffe werden gleichbedeutend gebraucht; zu Abweichungen vgl. BEUTHIEN, Zweckerreichung, S. 17, FN. 56

2) Auch beim Gläubigerverzug gibt es ein Analogon zu den Rechtfertigungsgründen; er entfällt z.B. bei Einwilligung des Schuldners in die Verzögerung, vgl. SCHMIDT, Obliegenheiten, S. 150 unter 4.

3) Vgl. u.a. SOERGEL-SCHMIDT, § 293 Bem. 1, S. 328; LARENZ, Schuldrecht I, § 25 vor I, S. 279; FIKENTSCHER, § 46 I, S. 240; sämtlich im Detail abweichend.

4) Vorübergehende Annahmeverhinderung bewirkt nach § 299 unter den dortigen Voraussetzungen noch keine Erfüllungsverzögerung.

anbieten der verlangten Gegenleistung[1] bei gegenseitigen Leistungspflichten (§ 298). Unerheblich ist, ob der Gläubiger die Verzögerung zu "vertreten" hat[2].

Aus Punkt (4) ist wegen besonderer Bedeutung für das Arbeitsverhältnis die im Gesetz als Ausnahme behandelte Regelung des § 296 Satz 1 hervorzuheben, wonach es bei kalendermäßig[3] festliegenden Mitwirkungshandlungen eines Angebots nur bedarf, wenn die Mitwirkung rechtzeitig erfolgt. Die Ausnahme bildet somit im Arbeitsverhältnis die Regel[4]. § 296 entspricht der für den Schuldnerverzug geltenden Regelung des § 284 Abs. 2[5]. HECK[6] beschreibt das durch die Formel "dies offert pro homine". Wie die kalendermäßige Leistungsfixierung beim Schuldnerverzug die Kundgabe des Leistungsbegehrens (Mahnung) überflüssig macht, so bewirkt sie beim Gläubigerverzug, daß eine Kundgebung der Erfüllungsbereitschaft nicht erforderlich ist.

2. Die Auslegung des Leistungsbegriffs im Gläubigerverzugsrecht

Der Gläubigerverzug verzögert nicht nur den Leistungserfolg sondern hindert immer auch die dem Schuldner obliegende Leistungshandlung. Darüber hinaus sind das Leistungsangebot bzw. die Aufforderung zur Vornahme der Mit-

---

1) KIRN, JZ 1969, 328 unter 3., spricht hier auf Grund seiner Austauschtheorie von "Ablehnung des Leistungsaustauschs"
2) § 299 bedeutet dazu keine Ausnahme, er enthält lediglich ein auf § 242 basierendes Korrektiv für überraschende Leistungsangebote, vgl. SOERGEL-SCHMIDT, § 299 Bem. 1; a.A.: FIKENTSCHER, § 46 II 3 b, S. 242
3) im Unterschied zur z e i t l i c h e n Fixierung, vgl. FN 3, oben S. 38
4) Schon HECK, Schuldrecht 1929, § 37, 3., 3. Abs., S. 112, äußert Zweifel, ob das Regel-Ausnahmeverhältnis der §§ 294 ff. der statistischen Wirklichkeit entspricht.
5) Vgl. SOERGEL-SCHMIDT, § 296 Bem. 1
6) a.a.O., S. 113 unter 7

wirkungshandlung (§ 295 Satz 2) stets nur Teile der dem Schuldner obliegenden Leistungshandlung. Es bestehen daher keine Bedenken, den Leistungsbegriff im Gläubigerverzugsrecht auf den Leistungsanteil des Schuldners zu beschränken. Leistung im Gläubigerverzugsrecht ist danach nur das dem Schuldner obliegende Leistungsverhalten[1]. Dieser Satz darf einerseits nicht auf den allgemeinen Leistungsbegriff übertragen werden[2], die Beschränkung ist andererseits jedoch nötig, weil es sonst eine Unterscheidung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung nicht gäbe[3].

3. Abgrenzung zu anderen Störungsarten

a) Gläubigerverzug und Unmöglichkeit

Die in § 297 zum Ausdruck kommende Trennung zwischen Gläubigerverzug und subjektiver Unmöglichkeit mit dem Vorrang der Unmöglichkeit gilt für alle Formen der Leistungsunmöglichkeit (objektive, dauernde, zeitweilige)[4]. Da somit Differenzierungen auf seiten des Schuldners zur Abgrenzung beider Störungsarten nicht erforderlich sind, wäre es nur folgerichtig, entsprechende Unterscheidungen (objektiv-subjektiv, dauernd-zeitweilig) auf seiten des Gläubigers vorzunehmen und daraus, ähnlich wie bei der

---

1) Vgl. SOERGEL-SCHMIDT, § 297 Bem. 2; BOER, Gruchot 54 (1910), S. 511 Abs. 2; OERTMANN, AcP 116 (1918), S. 2, 3 und 5 unten; BEUTHIEN, Zweckerreichung, S. 17 FN 58
2) TRAUTMANN, Gruchot 59 (1915), verfällt diesem Fehler, indem er (unter 2., S. 437-460) den Leistungsbegriff am Gläubigerverzugsrecht zwar zu Recht handlungsbezogen entwickelt (Ergebnis unter 2 c, S. 450), diesen dann (unter 3. Abs. 2, S. 461) aber in einen allgemeinen Leistungsbegriff überleitet. Ihm folgend auch: OTTE, § 4, S. 15 ff. (13-17)
3) Vgl. BEUTHIEN, Zweckerreichung, S. 244 f. unter VIII., 1
4) Allg. M.; vgl. z.B. LARENZ, Schuldrecht I, § 25 I c, S. 283; SOERGEL-SCHMIDT, § 297 Bem. 2, S. 332

Abgrenzung des Schuldnerverzugs zur Unmöglichkeit, auch hier maßgebliche Abgrenzungskriterien zu gewinnen.

aa) Die "Abstrahierungsformel"

Üblicherweise wird die Abgrenzungsfrage zunächst nach der "Abstrahierungsformel" geprüft. Danach liegt Annahmeverzug vor, wenn es bei unterstellter Mitwirkung des Gläubigers dem Schuldner möglich wäre, zu leisten[1]; wenn nicht, handelt es sich um Leistungsunmöglichkeit, und §324 Abs. 1 ist dann anwendbar. Diese Formel führt aber dann nicht zu befriedigenden Ergebnissen, wenn die Störung auf seiten des Gläubigers liegt, wenn also z.B. die erforderliche Mitwirkungshandlung unterbleibt. Problemlos ist dies, solange der Gläubiger die Mitwirkungshandlung nicht vornehmen w i l l . Das ist der typische Fall des Gläubigerverzugs[2].

bb) Die Nachholbarkeit der Gläubigerhandlung

Fraglich bleibt aber, ob stets auch dann Annahmeverzug vorliegt, wenn der Gläubiger die Mitwirkungshandlung nicht vornehmen k a n n , sei es, daß niemand dazu fähig ist (Annahmeunmöglichkeit), sei es, daß nur der Gläubiger dazu außerstande ist (Annahmeunvermögen)[3]. Dabei ist das Annahmeunvermögen der Annahmeunmöglichkeit gleichzustellen, weil an den zur Leistungsannahme unfähigen Gläubiger niemand leisten kann[4]. Ein Unterschied ergibt

---

1) Vgl. NEUMANN-DUESBERG, JuS 1970, S. 69 (r. Sp.) unter 2 b vor aa; BROX, Schuldrecht AT, § 21 II 2 Abs. 2, Rdnr. 299, S. 165
2) Vgl. BEUTHIEN, § 10 IV 3 a, S. 237; LARENZ, Schuldrecht I, § 25 I c am Anf., S. 283
3) Vgl. BEUTHIEN, § 10 IV 3, S. 237 unten/238 oben; im Anschluß daran LARENZ, a.a.O.
4) Vgl. BEUTHIEN, a.a.O.

sich aber aus der Grundbedeutung des Verzugs überhaupt. Er liegt nur vor bei Verzögerung. Handelt es sich beim Schuldnerverzug um Leistungsverzögerung, so kann es beim Gläubigerverzug nur eine Annahmeverzögerung sein, die zu einer Leistungsverzögerung führt. Es darf sich also höchstens um v o r ü b e r g e h e n d e Annahmeunmöglichkeit handeln. Liegt dauernde Annahmeunmöglichkeit vor, so steht fest, daß auch die Leistung niemals mehr erbracht werden kann. Wollte man hier Gläubigerverzug annehmen, so bliebe der Schuldner trotz feststehender Unmöglichkeit seiner Leistung weiterhin zur Erfüllung verpflichtet. Es bestände also ein ewiger Schwebezustand [1]. Das kann nicht richtig sein, so daß bei dauernder Annahmeunmöglichkeit nicht Gläubigerverzug sondern Leistungsunmöglichkeit vorliegt. Ist dagegen die Annahmeunmöglichkeit nur vorübergehend und damit die Mitwirkung des Gläubigers n a c h h o l b a r , so liegt Gläubigerverzug vor. Der Begriff der N a c h h o l b a r k e i t ist also auch hier für die Unterscheidung maßgebend. Daß dabei der Gedanke des "Erfüllungszeitraums" i.S. eines "Mitwirkungszeitraums" ebenfalls Bedeutung gewinnt, sei nur am Rande vermerkt.

cc) Die überkommene "Sphärentheorie"

Allgemein wurde dieser Weg zur Abgrenzung bisher jedoch nicht beschritten, sondern man versuchte, sie auf Grund der "Sphärentheorie" vorzunehmen. Eine einheitliche Theorie hat sich nicht herausgebildet[2], und es ist mühsam,

---

1) Vgl. zum Ganzen: BEUTHIEN, a.a.O. unter 5
2) Vgl. ERMAN-SRMAN, Bem. 5 a aa gamma, S. 613: "Welche Auffassung heute h.L. ist, ist zweifelhaft".

überhaupt Gemeinsamkeiten in den verschiedenen Ansichten zusammenzustellen[1]. Grundgedanke der Theorie ist die Aufteilung des Bereichs der Entstehung oder der Beherrschbarkeit bestimmter Gefahren in eine Risikosphäre des Schuldners, eine solche des Gläubigers und in eine neutrale Sphäre[2]. Liegt die Ursache für die Leistungsunmöglichkeit in der neutralen oder der Schuldnersphäre, so kann nach dieser Theorie Gläubigerverzug nicht mehr eintreten[3]; liegt der Unmöglichkeitsgrund in der Gläubigersphäre, so handelt es sich um Annahmeverzug[4].

dd) Der allgemeine Sphärengedanke

Die Aufteilung in drei Risikosphären ist nun aber keinesfalls typisch für die Unterscheidung von Gläubigerverzug und Unmöglichkeit, sie entspringt vielmehr dem allgemeinen Rechtsprinzip des Einstehens für den eigenen Gefahrenkreis, das auch der Regelung der §§ 275 ff. und 323 ff. zugrunde liegt[5]. Dieser allgemeine Sphärengedanke darf jedoch richtigerweise erst dann in Ansatz kommen, wenn es tatsächlich um Risikoüberlegungen geht, wie z.B. bei der Frage, was der Gläubiger i.S. von § 324 Abs. 1 zu "vertreten" hat[6]. Es ist daher nicht verwunderlich, daß die überkommene Sphärentheorie nach BGB mehr und mehr auf Ablehnung stößt[7].

---

1) BEUTHIEN, Zweckerreichung, § 10 III, S. 232-235, stellt 7 Spielarten der Sphärentheorie nach BGB fest.
2) Vgl. BEUTHIEN, § 2 C II, S. 18 f.
3) Vgl. FIKENTSCHER, § 46 V 1 a.E., S. 245
4) Vgl. BGH VII. Zs., Urt. v. 11.4.1957 (VII ZR 280/56) = BGHZ 24, S. 91 (Ls. 2) und S. 96 unter c
5) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. C 3 ff., insbesondere C 7 f., S. 639
6) Vgl. BEUTHIEN, § 10 VII, S. 244; LARENZ, Schuldrecht I, § 25 I c Abs. 8, S. 286 oben
7) BEUTHIEN, a.a.O., hält sie für überflüssig; FIKENTSCHER, § 46 V 2, S. 245, erklärt, sie sei konstruktiv kaum zu begründen und beruhe auf reinen Billigkeitserwägungen; LARENZ, a.a.O., FN 1 äußert sich zwar nicht direkt, hält aber die Ausführungen von BEUTHIEN, a.a.O., für überzeugend.

ee) "Sphärentheorie" und Lehre vom Betriebsrisiko

Im Arbeitsrecht hat sich seit der berühmten Entscheidung des Reichsgerichts[1] im Teilstreik der im Kraftwerk der Kieler Straßenbahngesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer eine vom BGB gelöste rein arbeitsrechtliche Sphärentheorie entwickelt, welche allmählich zur Lehre vom Betriebsrisiko ausgeweitet wurde. Es mag dahinstehen, ob erst die arbeitsrechtliche Sphärentheorie in das allgemeine bürgerliche Recht übernommen wurde[2] oder ob es die Sphärentheorie dort schon vorher gab[3], die arbeitsrechtliche Lehre vom Betriebsrisiko jedenfalls gründet sich auf den Gemeinschaftsgedanken, die Fürsorgepflicht und die arbeitnehmerische Solidarität und hat deshalb kaum etwas mit der sich um die §§ 293 ff. rankenden Sphärentheorie gemein[4]. Die überkommene Sphärentheorie des BGB kann daher im Arbeitsrecht unberücksichtigt bleiben. Im Hinblick auf die Selbständigkeit der Lehre vom Betriebsrisiko bleibt dann aber die Abgrenzung des Gläubigerverzugs von den Betriebsrisikofällen zu klären. Darüber hinaus wird anhand der neueren, die Sphärentheorie als solche ablehnenden Meinung zu überprüfen sein, ob sich der Ansatzpunkt für die Lehre vom Betriebsrisiko nicht dogmatisch fixieren läßt, denn sie ist doch im Grunde nichts anderes, als eine die besonderen Verhältnisse des Arbeitsrechts berücksichtigende Ausgestaltung des Sphärengedankens.

---

1) III. Zs., Urt. v. 6.2.1923 (III 93/22) = RGZ 106, 272-277
2) So: LARENZ, Schuldrecht I, § 25 I c, S. 284
3) Dafür sprechen die Ausführungen von BEUTHIEN, Zweckerreichung, § 10 II 1, S. 231
4) Vgl. BEUTHIEN, Zweckerreichung, § 10 II 2, S. 232

ff) Zusammenfassung

Im Ergebnis bleibt[1] festzustellen, daß Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung einander ausschließen.

Gläubigerverzug liegt nur vor, wenn der Gläubiger die seinerseits zur Erfüllung erforderliche Handlung (Annahme oder Mitwirkung) nicht erbringen w i l l (typischer Fall) oder dazu v o r ü b e r g e h e n d a u ß e r s t a n d e ist (atypischer Fall).
Leistungsunmöglichkeit ist dagegen gegeben, wenn der Gläubiger die seinerseits zur Erfüllung erforderliche Handlung d a u e r n d n i c h t vornehmen k a n n (dauernde Annahmeunmöglichkeit). Für eine eventuelle Gegenleistung gelten dann, wie sonst auch, die §§ 323 ff.

b) Gläubigerverzug und PVV

Grundsätzlich ist die Unterscheidung von Gläubigerverzug und positiver Vertragsverletzung problemlos. Eine Überschneidung kann sich ausnahmsweise dann ergeben, wenn das den Annahmeverzug begründende Verhalten des Gläubigers sich darüber hinaus als totale Verweigerung der Erfüllung des Vertrages überhaupt darstellt. Dann kann der Schuldner auch von etwa ihm aus derartiger Erfüllungsverweigerung erwachsenen Rechten Gebrauch machen, womit allerdings der Annahmeverzug entfallen würde[2].

---

1) In Anlehnung an BEUTHIEN, Zweckerreichung, § 10 XII, S. 251
2) Vgl. RG II. Zs., Urt. v. 23.2.1904 (Rep. II. 298/03) = RGZ 57. Bd., 105 (106 Ls. 2 b und 107); BGH I. Zs., Urt. v. 13.11.1953 (I ZR 140/52) = BGHZ 11. Bd. (1954), 80 (88 f. unter V 1 und 2); ERMAN-ERMAN, Vorbem. 5 c vor § 293, S. 616

4. Die wesentlichen Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs

a) Allgemeines

Der Gläubigerverzug als solcher erzeugt weder Schadenersatzansprüche noch ein Lösungsrecht des Schuldners vom Vertrag. Auch tritt grundsätzlich keine Leistungsbefreiung des Schuldners ein (Ausnahme: § 615), er hat jedoch Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen (§ 304) und kann geschuldetes Geld hinterlegen (§§ 372 ff.). Darüber hinaus gewährt ihm das BGB in den §§ 300 ff. und an anderen Stellen Erleichterungen. Die allgemeinen, d.h. die nicht speziell arbeitsrechtlichen Erleichterungen sollen kurz erwähnt werden, soweit sie im Arbeitsverhältnis Bedeutung erlangen können.

b) Die Haftungserleichterung

Eine während des Gläubigerverzugs infolge leichter Fahrlässigkeit eintretende Leistungsunmöglichkeit hat der Schuldner nach § 300 Abs. 1 nicht zu vertreten, so daß er wie bei zufällig eintretender Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht frei wird (§ 275).

c) Der Übergang der Gegenleistungsgefahr

Bei gegenseitigen Leistungspflichten bewirkt der Gläubigerverzug den Übergang der Gegenleistungsgefahr vom Schuldner (Gefahrträger im Normalfall, § 323 Abs. 1) auf den Gläubiger (§ 324 Abs. 2). Der Anwendung des § 324 Abs. 2 auf das Arbeitsverhältnis stehen arbeitsrechtliche Besonderheiten nicht entgegen. Diese Bestimmung wird jedoch gegen den Anwendungsbereich des § 615 abzugrenzen sein, der dem im Annahmeverzug befindlichen Arbeitgeber nicht

nur die Gegenleistungs g e f a h r (Lohngefahr) überbürdet sondern ihn mit genereller Lohnzahlungspflicht belastet.

d) Die prozessuale Besonderheit bei Annahmeverzug des Vorleistungsberechtigten (§ 322 Abs. 2)

Besteht bei gegenseitigen Leistungspflichten eine Vorleistungspflicht des einen Teils (im Arbeitsverhältnis ist z.B. der Arbeitnehmer hinsichtlich der Arbeitsleistung vorleistungspflichtig, § 614), so kann der Vorleistungsverpflichtete bei Annahmeverzug des Vorleistungsberechtigten nach § 322 Abs. 2 auf "Leistung nach Empfang der Gegenleistung" klagen und nach entsprechender Verurteilung die Zwangsvollstreckung ohne jegliche Leistung seinerseits betreiben, wenn der Annahmeverzug des Vorleistungsberechtigten fortdauert (§§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2). Diese prozessuale Besonderheit hat aber im Arbeitsverhältnis praktisch keine Bedeutung, da bei Annahmeverzug des Arbeitgebers die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und damit auch seine Vorleistungspflicht entfällt (§ 615), so daß sofort die "reine" Lohnzahlungsklage erhoben werden kann[1].

---

1) Vgl. SCHOETZAU, § 5 II, S. 40 f.

VI. Gläubigerverzug und Schuldnerverzug

1. Die Auffassung Kaskels

KASKEL[1] vertrat die Ansicht, es könne in einem Schuldverhältnis entweder nur Gläubigerverzug oder nur Schuldnerverzug vorliegen, beide schlössen einander also stets aus. Zu diesem Ergebnis gelangte er, indem er als "Mitwirkungshandlung" i.S. der Gläubigerverzugsbestimmungen nur solche Handlungen ansah, zu deren Vornahme den Gläubiger keine eigene Leistungspflicht trifft. Bestehe dagegen eine solche Leistungspflicht, seien die Gläubigerverzugsbestimmungen ausgeschlossen, da es sich dann nicht mehr um Mitwirkung sondern um Erfüllung eigener Verbindlichkeit des Gläubigers handele. So liege es insbesondere auch bei der Rechtspflicht des Arbeitgebers zur Beschaffung des Arbeitssubstrats[2]. Da dies eine vertragliche Leistungspflicht und nicht bloße Mitwirkungshandlung sei, komme der Arbeitgeber durch Unterlassung dieser Beschaffung nicht in Annahmeverzug sondern, soweit die Beschaffung möglich ist, in Leistungsverzug, bei unmöglicher Beschaffung liege Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vor[3].

2. Die Gegenstimmen

Die Auffassung Kaskels stieß alsbald auf Widerspruch. TITZE[4] lehnte die Konstruktion Kaskels als unhaltbar ab, weil eine Beschäftigungspflicht nicht existiere.

---

1) NZfA 1922, V, Spalten 8-10
2) Der Ausdruck wurde bereits von TITZE, Unmöglichkeit (1900), S. 24, gebraucht. Er verstand darunter "das für die Tätigkeit notwendige Stück Außenwelt".
3) Vgl. KASKEL, a.a.O., IV (Spalten 6 f.) und VI, VII (Spalten 10 f.)
4) JW 1922, S. 548

OERTMANN[1] erklärte, er müsse "diese ganze Auffassung von dem sich Ausschließen beider Verzugsarten auf das entschiedenste bestreiten". Auch beim Kauf- bzw. Werkvertrag sei der Käufer bzw. der Besteller nicht nur zur Entgeltleistung sondern auch zur A b n a h m e verpflichtet (§§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 1). Er müsse also die Ware (das Werk) wie als Gläubiger annehmen, so als Schuldner abnehmen, und man habe nie Bedenken empfunden, daß das eine mit dem anderen unverträglich sei oder zurückgedrängt werde. FABRICIUS[2] hält den Oertmannschen Hinweis auf § 433 Abs. 2 für zutreffend. Es könne nicht bestritten werden, daß Gläubigerverzug und Schuldnerverzug nebeneinander bestehen können.

3. Stellungnahme

In jeder der beiden Auffassungen steckt ein richtiger Kern. Wenn man das Schuldverhältnis insgesamt als Gefüge von Rechten und Pflichten heranzieht, sind Gläubigerverzug und Schuldnerverzug sehr wohl "nebeneinander" denkbar. Greift man dagegen nur eine ganz bestimmte Leistungspflicht aus dem Schuldverhältnis heraus, so kann es bei isolierter Betrachtung von Schuldner- und Gläubigerposition[3] nur entweder Gläubigerverzug oder Schuldnerverzug geben. Dementsprechend werden auch beide teils als ausschließlich[4] teils als nebeneinander

---

1) NZfA 1922, Spalten 470 unten bis 472 Mitte (unter III)
2) Leistungsstörungen 1970, E IV 3 a.A., S. 69
3) Auf Grund derartiger Betrachtungsweise bezeichnet schon MOMMSEN (Mora, S. 341) die gleichzeitige Mora des Schuldners und des Gläubigers als "eine contradictio in adjecto".
4) Vgl. RG, I. Zs., Urt. v. 13.12.1924 (I 17/24) = RGZ 109. Band (1925), S. 324 (331); STAUDINGER-WERNER, § 298 Bem. 7, S. 493; ERMAN-ERMAN, Vorbem. 5 b bb vor § 293, S. 616; FIKENTSCHER, § 46 III 2 f, S. 244

möglich[1] behandelt.

Enthält das Schuldverhältnis auch Abnahmepflichten[2], wozu im Arbeitsrecht die Beschäftigungspflicht gezählt werden kann[3], so ist dadurch die reine Annahmeobliegenheit (§§ 293 ff.) nicht aufgehoben, sie ist nur darüber hinaus auch in den Rang einer Schuldnerpflicht (sei es als Nebenpflicht, sei es als Leistungspflicht) erhoben, ohne daß dadurch aber ihr Wirkungsbereich als Annahmeobliegenheit beseitigt würde. Wenn man nun auf Grund dieser praktischen "Doppelrangigkeit" von einem Nebeneinander von Schuldner- und Gläubigerverzug spricht, so bedeutet dies dasselbe, als wenn man die sich praktisch überschneidenden Bereiche von Annahmeobliegenheit und Abnahmepflicht theoretisch trennt[4], denn bei beiden Betrachtungsweisen gilt stets der Satz: Beiderlei Verzug erzeugt beiderlei Rechtsbehelfe[5], die Rechtsfolgen werden addiert[6]. Die Bezeichnung "Doppelverzug"[7] ist eine kurze und treffende Umschreibung dieser Erscheinung.

---

1) Vgl. RG II. Zs., Urt. v. 23.2.1904 (Rep. II. 298/03) = RGZ 57. Band, S. 106 (109); BLOMEYER, Schuldrecht, § 36 I 3 a.E., S. 217; FIKENTSCHER, § 46 III 2 a, S. 244; ERMAN-ERMAN, Vorbem. 5 b aa vor § 293, S. 615
2) Diese sind zu trennen von der Annahmeobliegenheit
3) Vgl. WIEDEMANN, 2. Kap. I 2 a a.E., S. 62
4) Ähnlich der rein theoretischen Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft beim Handkauf
5) Vgl. BLOMEYER, Schuldrecht, § 36 I 3 a.E., S. 217
6) Vgl. FIKENTSCHER, § 46 III 2 a, S. 244
7) Ausdruck nach GROS, AR-Blattei, "Annahmeverzug I", unter B I und II

D Die für beide Verzugsarten bedeutsamen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses

Die vorstehenden Ausführungen lassen ohne weiteres erkennen, daß der Leistungsbegriff im Arbeitsverhältnis (dazu unten II.) und das Pflichtengefüge des Arbeitsverhältnisses (dazu unten III.) als tragende Pfeiler des Verzugsrechts im Arbeitsverhältnis einer vorhergehenden Klärung bedürfen. Gleiches gilt auch für die Frage der Nachholbarkeit der Leistungen im Arbeitsverhältnis (unten IV.), da ohne Nachholbarkeit Schuldner- und Gläubigerverzug nicht vorliegen können. Die drei damit angesprochenen für beide Verzugsarten bedeutsamen Bestandteile des Arbeitsverhältnisses stehen aber auch in enger Verbindung zu dem tatsächlichen Geschehensablauf, so daß darauf zunächst (unter I.) eingegangen wird.

I. Die tatsächlichen Handlungsphasen des Arbeitsverhältnisses

Arbeit hat mannigfache Erscheinungsformen. So steht z.B. der angestellte Wirtschaftsmanager ebenso in einem Arbeitsverhältnis wie der Gelegenheitsarbeiter oder der weitgehend selbständig handelnde Handwerksgeselle ebenso wie der am Fließband beschäftigte Arbeiter im Großbetrieb[1]. Die Arbeit erhält somit durch Zeit, Ort, Inhalt und personale Ausrichtung ein sehr unterschiedliches Gepräge. Trotzdem lassen sich jedoch einige für alle Arbeitsverhältnisse mehr oder minder typische Ablaufphasen erkennen.

---

1) Vgl. FABRICIUS, C I, S. 11

Regelmäßig steht am Beginn eines Arbeitsverhältnisses der ausdrücklich oder konkludent geschlossene Arbeitsvertrag[1]. In der zweiten Phase tritt der Arbeitnehmer in den Betrieb ein und stellt seine Arbeitskraft zur Verfügung, worauf dann drittens der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einstellt, ihm viertens einen Arbeitsplatz zuweist und fünftens das Arbeitssubstrat (Werkzeuge, Materialien usw.) verschafft[2]. Danach überträgt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer (sechste Phase) die zu leistende Arbeit, worauf dieser dann die erwartete Arbeitsleistung erbringt (siebente Phase) und die Vergütung erhält (achte Phase). Bei weiterem zeitlichen Verlauf des Arbeitsverhältnisses haben nur noch die Phasen vier bis acht auf Grund ihrer möglichen Wiederholung tatsächliche Bedeutung, während die Vorgänge bis zur dritten Phase auf einmaliges Erscheinen beschränkt sind. Im tatsächlichen Geschehensablauf treten auch die einzelnen Phasen je nach Größe oder Organisation des Betriebes mit unterschiedlicher Deutlichkeit hervor, meistens fallen einige davon zusammen.

Den Phasen vier bis sechs (Arbeitsplatzzuweisung, Arbeitssubstratsverschaffung, Arbeitsübertragung) entspricht die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers[3], zur Phase sieben bildet die Arbeitspflicht und zur Phase acht die Vergütungspflicht das rechtliche Korrelat. Die Konstruktion entsprechender Pflichten zu Phase zwei

---

1) So die heute ganz h. Vertragstheorie, vgl. statt vieler HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 21 II, S. 116-118. Die Eingliederungstheorie in der älteren Form, wonach das Arbeitsverhältnis unabhängig vom Arbeitsvertrag stets nur mit dem tatsächlichen Akt der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb entsteht, ist heute überwunden, vgl. WIEDEMANN, S. 5; SÖLLNER, Lehrbuch, § 28 III, S. 197. Darüber hinaus ist der Streit nach der erfolgten Annäherung der beiden Theorien überlebt, vgl. NIKISCH I, Vorwort S. VIII; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 21 V, S. 127.

2) Vgl. zum Ganzen: FABRICIUS, C II 2, S. 15

3) Näheres dazu später

(Eintrittspflicht) oder drei (Einstellungspflicht) wäre rein hypothetisch[1], da die Praxis des Arbeitslebens solche Pflichten nicht kennt.

II. Der Leistungsbegriff im Arbeitsverhältnisrecht

Wenn im Arbeitsrecht von "Leistung" die Rede ist, meint man gewöhnlich nur die Arbeitsleistung. Mit Rücksicht auf den Charakter des Arbeitsverhältnisses als Schuldverhältnis ist eine solche Einschränkung jedoch nicht gerechtfertigt. Ebenso wie dort[2] muß auch hier je nach Sinn, Zweck und Natur der einzelnen Leistungspflicht entschieden werden, ob "Leistung" ein Mehr oder Weniger an Verhalten und Erfolg betrifft.

Greift man als charakteristisch für das Arbeitsverhältnis die Arbeitspflicht heraus, so zeigt sich aber trotzdem eine Besonderheit. Arbeitspflicht bedeutet die Pflicht zu nicht erfolgsbestimmter Betätigung, so daß dabei die Unterscheidung zwischen Leistungshandlung und -erfolg ihren Sinn verliert[3]. Ein von der Handlung zu sondernder Erfolg kommt hier nicht in Betracht, da zur Erfüllung der Arbeitspflicht das geforderte Verhalten selbst genügt[4]. Diese Einschränkung des Leistungsbegriffs gilt aber nur hinsichtlich der Arbeitsleistung und darf nicht auf die sonstigen Pflichten des Arbeitsverhältnisses ausgedehnt werden.

---

1) Vgl. FABRICIUS, a.a.O., S. 16 oben
2) Vgl. oben C III 1 b, S. 19 ff. (21)
3) Vgl. WIEACKER, Festschr. Nipperdey, 1965, I, S. 794 vor 3
4) Vgl. LARENZ, Schuldrecht I, § 2 I, S. 10/11

III. Das Pflichtengefüge des Arbeitsverhältnisses

1. Leistungspflichten und Nebenpflichten

a) Die Bedeutung dieser Einteilung für die Anwendung der Verzugsregeln im Arbeitsverhältnis

Bevor man die Anwendung der Verzugsregeln im Arbeitsrecht näher in Betracht zieht, muß auch hier geklärt werden, ob es sich überhaupt um die Verzögerung einer Leistungspflicht handelt. Bei Verzögerung arbeitsrechtlicher Nebenpflichten[1] sind die Verzugsregeln unanwendbar, so daß dann eine Beurteilung nach PVV-Regeln erfolgen kann. Die arbeitsgerichtliche Praxis[2] neigt dazu, der zugegebenermaßen nicht immer einfachen Unterscheidung von Leistungs- und Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis aus dem Wege zu gehen[3]. Darin liegt zugleich aber auch ein Abweichen von der üblichen Zivilrechtsdogmatik, wofür weder eine Notwendigkeit noch ein Bedürfnis[4] bestehen. Die Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten hat also auch im Arbeitsrecht grundlegende Bedeutung für die Anwendung der Verzugsregeln.

---

1) i.S. der oben C III 2 b bb (3) (a), S. 35 entwickelten Differenzierung

2) Vgl. z.B. ArbG BREMEN, Urt. v. 10.1.1967 - 3 Ca 3421/66 = DB 1967, S. 514

3) Im Urt. des BAG v. 25.10.1967 - 3 AZR 456/66 = NJW 1968, 1350 r. Sp. unter 1 vor a - wird ausgeführt, der Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen verspäteter Zeugniserteilung könne sowohl wegen Schlechterfüllung wie wegen Schuldnerverzugs (§ 286 BGB) gegeben sein. Richtige Anspruchsgrundlage wäre aber nur § 286 Abs. 1 BGB gewesen, da es sich bei der Zeugniserteilung um eine Leistungspflicht (§ 630 BGB) handelt und die PVV daneben nur anwendbar ist, wenn es sich um schlechte - aber gerade nicht um verzögerte - Zeugniserteilung handelt, wie z.B. im Urt. des BGH v. 22.9.1970 - VI ZR 193/69 = NJW 1970, 2291.

4) Vgl. LEPKE, BB 1967, 1174 l. Sp. oben. Dort S. 1173 und 1174 lehnt er zu Recht das Urteil des ArbG Bremen ab. Ebenso: BOBROWSKI-GAUL, G II Rdnr. 12, S. 462 f.

b) Die Bedeutung der personenrechtlichen Strukturen des Arbeitsverhältnisses für das arbeitsvertragliche Pflichtengefüge

Die Zahl der Kritiker am Verständnis des Arbeitsverhältnisses als "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" nimmt stetig zu[1]. Diese Kritik bezieht sich in der Hauptsache auf den Begriff "Gemeinschaft", wogegen auch die Gegner der Gemeinschaftsidee die personenrechtlichen[2] Elemente des Arbeitsverhältnisses nicht in Abrede stellen[3]. Auf Grund dieser Personenbezüglichkeit lassen sich im Arbeitsverhältnis die im besonderen Schuldrecht geregelten Leistungspflichten (besondere schuldrechtliche Leistungspflichten) von den sonstigen personenrechtlichen Leistungspflichten unterscheiden, womit aber keine Wertung der Arbeitsleistung als Gegensatz zu personenrechtlichen Leistungen getroffen sein soll.

Mit dieser Unterscheidung als solcher ist für die im Verzugsrecht wesentliche Frage, ob es sich um eine Leistungspflicht handelt, noch nichts gewonnen, da auch die nicht in den §§ 611 bis 630 geregelten personenrechtlichen Pflichten Leistungspflichten sein können. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, daß personenrechtliche Nebenpflichten je nach Lage des einzelnen Falles zu Leistungspflichten erstarken[4]. Umgekehrt dürfen aber die

---

1) Aus dem neueren Schrifttum vgl. z.B. SCHWERDTNER, ZRP 1970, 62 ff.; RICHARDI, Arbeitsrecht, S. 22/23; SÖLLNER, Lehrbuch, § 28 III, S. 197; FABRICIUS, C II 5, S. 23 ff. Kritische Stimmen aus der Zeit vor 1966 sind aufgeführt bei WIEDEMANN, S. 25 FN 30

2) Aus dieser unscharfen Bezeichnung lassen sich allerdings mangels eines einheitlichen Personenrechts keine rechtlichen Schlüsse ziehen, vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 22 II 2, FN 9a Abs. 2, S. 130; WIEDEMANN, S. 36-40, insbes. S. 40 unter (3)

3) Vgl. z.B. FABRICIUS, C II 5, S. 27 oben; RICHARDI, a.a.O.; SÖLLNER, a.a.O.

4) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. A 231, S. 95

in den §§ 611 ff. geregelten Pflichten ebenfalls nicht sämtlich als Leistungspflichten angesehen werden, und es können sich auch hier im Einzelfall aus Nebenpflichten Leistungspflichten entwickeln.

Die Bedeutung der personenrechtlichen Strukturen des Arbeitsverhältnisses für das arbeitsvertragliche Pflichtengefüge liegt somit darin, daß sie über die gesetzlich fixierten Leistungspflichten hinaus zur Entstehung weiterer Leistungspflichten führen können. Sie stellen damit aber auch den eigentlichen Grund für die Instabilität des arbeitsrechtlichen Pflichtengefüges dar.

2. Die besonderen schuldrechtlichen Leistungspflichten

a) Die gegenseitigen besonderen schuldrechtlichen Leistungspflichten

Im Vordergrund der gesetzlichen Regelung (§ 611) stehen die Arbeitspflicht[1)] und die Vergütungspflicht. Daß es sich dabei um gegenseitige Leistungspflichten handelt, kann ernsthaft nicht angezweifelt werden. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß es sich beim Arbeitsverhältnis um ein bloßes Austauschverhältnis handelt und daß die §§ 320 ff. unbeschränkt anwendbar sind. Das Arbeitsver-

---

1) Die Terminologie von NIKISCH I, § 26 I 1, S. 270 und § 27 I 1, S. 283, welcher im Arbeitsverhältnis zwischen Dienstpflicht (Einordnungspflicht) und Arbeitspflicht unterscheidet, hat sich nicht durchsetzen können. Zur Vermeidung begrifflicher Unklarheiten sollte diese Unterscheidung nur für die Verpflichtung der unabhängige Dienste Leistenden im Gegensatz zur Verpflichtung der Arbeitnehmer gewählt werden, vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 109 Abs. 2, S. 1281

hältnis kann außer diesen beiden gegenseitigen Leistungspflichten noch mannigfache sonstige Leistungspflichten zur Entstehung kommen lassen, die vom Synallagma zwischen Arbeit und Vergütung nicht erfaßt werden, wie z.B. die Beschäftigungspflicht[1]. Durch dieses Hinzutreten weiterer Leistungspflichten, das möglicherweise vom Gesetzgeber noch nicht hinreichend erkannt wurde[2], wird aber der synallagmatische Zusammenhang zwischen Arbeit und Vergütung nicht unterbrochen[3]. Das soll nachstehend an den drei Ausprägungen des Synallagmas aufgezeigt werden.

(aa) Das genetische Synallagma bezeichnet die Erscheinung, daß die beiderseitigen Verpflichtungen in ihrer E n t s t e h u n g gegenseitig bedingt sind[4]. Dies trifft auf das Verhältnis von Arbeits- und Vergütungspflicht zu. Ohne gleichzeitiges Entstehen der Vergütungspflicht - nur deren Fälligkeit wird durch § 614 hinausgeschoben - entsteht auch keine Arbeitspflicht und umgekehrt; ist die Verpflichtung zur Vergütung unwirksam, so ist es auch die Verpflichtung zur Arbeitsleistung[5].

(bb) Das funktionelle Synallagma bedeutet, daß die beiderseitigen Verpflichtungen in ihrer E r f ü l l u n g

---

1) Vgl. FABRICIUS, C II 4, S. 18-23
2) Vgl. FABRICIUS, a.a.O., S. 21 Abs. 2
3) a.A.: FABRICIUS, C II 4, S. 18
4) Vgl. STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 4 und 4 a vor § 320 BGB, S. 667; SOERGEL-SCHMIDT (10. Aufl.), Vorbem. 8 vor § 320 BGB, S. 373 f.
5) Zu einem abweichenden Verständnis des genetischen Synallagmas im Arbeitsverhältnis vgl. SÖLLNER, AcP (167. Bd.) 1967, S. 137 unter III 1, wonach "das Arbeitsverhältnis um der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers willen eingegangen wird" und dieser Erwägung der Fürsorgegedanke des Arbeitsrechts gegenübersteht. Also Arbeit gegen Fürsorge (?)

gegenseitig bedingt sind[1]. Diesem Erfordernis entsprechen Arbeit und Vergütung ebenfalls. Wird die Vergütung nicht bezahlt, braucht der Arbeitnehmer nicht weiterzuarbeiten. Umgekehrt besteht zumindest grundsätzlich keine Vergütungspflicht, wenn der Arbeitnehmer nicht arbeitet; obschon dieser Grundsatz ("Ohne Arbeit kein Lohn") aus sozialpolitischen Rücksichten und Gründen der Humanität[2] weitgehend aufgelockert wurde, ist er auch heute noch als Ausdruck des synallagmatischen Zusammenhangs von Arbeit und Vergütung zu verstehen[3]. Die funktionelle Abhängigkeit bedeutet nun allerdings nicht, daß Arbeit und Vergütung zeitlich unmittelbar aufeinanderfolgen müssen. Unmittelbarer Austausch der gegenseitigen Leistungen ist kein Wesensmerkmal des gegenseitigen Vertrages[4]. Eine derartige zeitlich-logische Folge entspricht angesichts der unterschiedlichen zeitlichen Charaktere von Arbeit (Dauerleistung) und Vergütung (einmalige Leistung) auch gar nicht dem tatsächlichen zeitlichen Vorgang, so daß es der Bestimmung des § 614 Satz 2 (Fälligkeit der Vergütung nach Ablauf von Zeitabschnitten) bedurfte, um Zäsuren zu schaffen. Widerspricht es somit einerseits dem Wesen der Gegenseitigkeit nicht, daß sich Dauerleistung und einmalige Leistung gegenüberstehen[5], so ist es andererseits für das funktionelle Synallagma auch ohne Einfluß, wenn während der Erfüllung der Dauerverpflichtung andere Leistungspflichten entstehen.

---

1) Vgl. STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 5 vor § 320 BGB, S. 367; SOERGEL-SCHMIDT (10. Aufl.), Vorbem. 9 vor § 320 BGB, S. 374
2) Vgl. die Zusammenstellung der Bestimmungen bei SÖLLNER, AcP (167. Bd.) 1967, S. 137 f. unter III 1
3) So auch SÖLLNER, a.a.O., S. 136 unter 3. am Anfang
4) Vgl. STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 2 vor § 320 BGB, S. 666 unten
5) Vgl. STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 8 vor § 320 BGB, S. 368

(cc) Das konditionelle Synallagma schließlich besagt, daß die beiderseitigen Verpflichtungen auch in ihrem F o r t b e s t a n d gegenseitig bedingt sind, d.h. daß das nachträgliche Schicksal der noch unerfüllten Leistung auch das der Gegenleistung berührt, soweit es nicht von einer Seite zu vertreten ist (§§ 323 ff.)[1]. Abgesehen von den Betriebsrisikofällen unterfallen Arbeits- und Vergütungspflicht auch der konditionellen Abhängigkeit (§ 323), ohne daß darauf das zwischenzeitliche Hinzutreten weiterer Leistungspflichten einen Einfluß hat.

b) Die einseitigen besonderen schuldrechtlichen Leistungspflichten

Neben der Zeugnispflicht (§ 630) und der Pflicht zur Gewährung von Freizeit zur Stellungssuche (§ 629) kann auch die Pflicht zum Auslagenersatz hier eingeordnet werden, da sie sich aus den Bestimmungen des besonderen Schuldrechts (§§ 670, 675) ableiten läßt[2]. Darüber hinaus sind auch die sich aus den §§ 617 f. ergebenden Verpflichtungen zu nennen, die als besondere Ausprägung der Fürsorgepflicht im besonderen Schuldrecht verankert sind. Bei allen diesen Pflichten dürfte es sich i.d.R. um Leistungspflichten handeln[3], insbesondere in kurzfristigen

---

1) Vgl. SOERGEL-SCHMIDT (10. Aufl.), Vorbem. 10 vor § 320 BGB, S. 374. Oft wird das konditionelle Synallagma aber auch dem funktionellen zugeordnet, vgl. z.B. STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 5 vor § 320 BGB, S. 667
2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 47, 1., S. 387
3) Bei ERMAN-KÜCHENHOFF (4. Aufl.), § 611 Bem. 6 c A, S. 1249/1250, sind Pflicht zum Auslagenersatz und Zeugnispflicht unter den Nebenpflichten aufgeführt. KÜCHENHOFF geht dabei aber wohl von dem bei ERMAN-SIRP (4. Aufl.), § 242 Bem. III 2 b, S. 386, geprägten Begriff "selbständige Nebenpflichten mit Eigenzweck" aus.

Arbeitsverhältnissen kann ihnen aber auch bloßer Nebenpflichtcharakter zukommen[1].

3. Die sonstigen personenrechtlichen Leistungspflichten

a) Allgemeines

Die personenrechtlichen Strukturen des Arbeitsverhältnisses erzeugen personenbestimmte Pflichten, die sich beim Arbeitgeber als Fürsorgepflicht und beim Arbeitnehmer als Treue- und Gehorsamspflicht äußern. Darüber hinaus sind als wichtige personenbestimmte Pflichten zu nennen die Beschäftigungspflicht, die Gleichbehandlungspflicht und die Pflicht zur Urlaubsgewährung. Außerdem beruht auf der allgemeinen Treue- bzw. Fürsorgepflicht eine Vielzahl einzelner Pflichten, deren Aufzählung hier nicht möglich ist[2].

Alle diese Pflichten können je nach den Umständen des bestimmten einzelnen Arbeitsverhältnisses Leistungs- oder Nebenpflichten sein. Ihr Grad kann mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses wachsen, auch wenn keine erheblichen persönlichen Beziehungen oder Vertrauensmomente mitspielen. Alles ist fließend[3]. Ganz allgemein handelt es sich um eine Leistungspflicht, wenn selbständig Erfül-

---

1) Angesichts der relativ geringen Bedeutung im Gesamtpflichtengefüge kann eine weitere Vertiefung unterbleiben.

2) Zusammenstellungen finden sich z.B. bei BOLDT-NATZEL, Bergmann, § 18 II 4 c bb, S. 272-284; ERMAN-KÜCHENHOFF (4. Aufl.), § 611 Bem. 5, S. 1228 ff. und Bem. 6, S. 1247 ff.; STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. A 234 - A 245, S. 95 ff. und Bem. A 868 ff., S. 351 ff.

3) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. A 234 a.E., S. 97 und Bem. A 871, S. 353 f.

lung verlangt werden kann. Ist ein entsprechender Anspruch gegeben, dann liegt auch eine Leistungspflicht vor[1].

Hinsichtlich der grundsätzlichen Bedeutung für alle Arbeitsverhältnisse steht an erster Stelle die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers. Sie wird heute durchweg grundsätzlich als Leistungspflicht anerkannt, und Ausnahmen gelten nur dort, wo überwiegende Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen[2]. Daher soll in den folgenden Ausführungen die Beschäftigungspflicht stellvertretend für die möglichen anderen sonstigen personenrechtlichen Leistungspflichten stehen. Sollten diese im Einzelfall als Leistungspflichten ausgeprägt sein, so wären sie entsprechend zu behandeln.

b) Gegenseitige personenrechtliche Leistungspflichten?

Ob es unter den soeben angesprochenen sonstigen personenrechtlichen Leistungspflichten auch synallagmatische Leistungspflichten gibt, wird im Schrifttum fast nirgends eingehend untersucht. An einigen Stellen ist von gegen-

---

1) Vgl. oben C III 2 b bb (3) (a), S. 35

2) Vgl. BOLDT, Arbeitsverhältnis EGKS (1958), S. 71, § 2; BOLDT-NATZEL, Bergmann, § 18 II 2, S. 266; BROX, Grundbegriffe, Kap. 4 II 3, S. 52; NEUMANN-DUESBERG, DB 1969, 1450; STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. A 488-490, S. 199-201 und Bem. A 871, S. 353; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 265 f., S. 1354 ff.; SÖLLNER, Lehrbuch, § 15 IV 2, S. 107 in FN 44; ERMAN-KÜCHENHOFF, 4. Aufl., § 611 Bem. 6 b B, S. 1249; BAG, Urt. v. 10.11.1955 - 2 AZR 591/54 = BAG 2 (1956), 221 (224 f.); LAG Hamm, Urt. v. 20.3.1970 - 6 Sa 16/70 = DB 1970, 1034; jetzt auch HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Grundriß, 5. Aufl. 1970, § 25 I 1, S. 98

seitigen Treuepflichten die Rede[1], andere Autoren räumen dem Arbeitnehmer bei Verletzung der Fürsorgepflichten die Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320 ein[2], zum Teil wird auch der dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zu gewährende Schutz als "Äquivalent" für die Verfügbarkeit der Arbeitskraft bezeichnet[3]. KÜCHENHOFF[4] meint, zwischen den Arbeitgeberpflichten aus §§ 617, 618 und der Arbeitspflicht liege eine über das "do ut des" des schuldrechtlichen Austauschvertrags noch hinausgehende Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung vor; der Schutz der §§ 617, 618 werde dem Arbeitnehmer vom Gesetz unabdingbar zuerkannt als Gegenleistung dafür, daß er seine ganze Arbeitskraft zur Verfügung stelle; es sei nicht sinnvoll, dem Arbeitnehmer, der mehr aufs Spiel setze als geldwertes Gut, den Schutz des § 320 zu versagen. Warum der "Schutz des § 320" schlechter ist als der des § 273, wird nicht gesagt. Davon abgesehen sind derartig allgemeine Erwägungen auch nicht geeignet, ein Gegenseitigkeitsverhältnis i.S. §§ 320 ff. zu rechtfertigen.

Abgesehen von einer ausdrücklich anders lautenden Vereinbarung ist vielmehr davon auszugehen, daß zwischen den sonstigen personenrechtlichen Leistungspflichten kein Gegenseitigkeitsverhältnis i.S. §§ 320 ff. besteht. Zunächst zwingt weder der Schutz des Arbeitnehmers zu

---

1) Vgl. MEISSINGER, AR-Blattei D Treuepflicht I, unter A IV und V; STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. A 234, S. 96 unten

2) Vgl. ERMAN-KÜCHENHOFF (4. Aufl.), § 618 Bem. 6 a C, S. 1338; KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 139 r. Sp. oben. Richtig dagegen heute SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE (10. Aufl.), § 615 Bem. 22, S. 181, wo dem Arbeitnehmer das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 zugestanden wird.

3) Vgl. WIEDEMANN, Arbeitsverhältnis 1966, S. 14 ff. (16 und 20 unten)

4) ArbuR 1965, a.a.O.

einer synallagmatischen Bewertung der Fürsorgepflicht[1] noch beruht die Fortzahlung der Vergütung bei Arbeitsverhinderung auf dem Rechtsgedanken des Synallagmas[2]. Darüber hinaus ist aber auch die Annahme, der Arbeitnehmer verpflichte sich zur Arbeit, damit der Arbeitgeber seinerseits Schutz- und Fürsorgepflichten übernehme, lebensfremd, sofern nicht entsprechendes ausdrücklich vereinbart wurde[3]. Damit entsprechen die sonstigen personenrechtlichen Leistungspflichten schon nicht der ersten Ausprägung des Gegenseitigkeitsverhältnisses, dem genetischen Synallagma[4]. Aber auch ein funktionell[5] oder konditionell[6] synallagmatisches Band besteht zwischen ihnen nicht, da Treuwidrigkeiten nicht gegeneinander aufgerechnet werden können und Pflichtverletzungen des einen Teils den anderen Teil nicht von seinen personenrechtlichen Pflichten entbinden[7].

Auf die sonstigen personenrechtlichen Leistungspflichten können damit insbesondere die §§ 324 Abs. 2 sowie 326, 327 keine Anwendung finden. Das hindert aber nicht, bei Verzögerungen die §§ 284 ff., 293 ff. heranzuziehen[8].

---

1) Vgl. ESSER, Fallsammlung, S. 76 unter 3.
2) Vgl. SÖLLNER, AcP (167. Bd.) 1967, S. 136 unten/137 oben
3) Vgl. ESSER, Fallsammlung, a.a.O.
4) Dazu vgl. oben D III 2 a aa, S. 71
5) Dazu vgl. oben D III 2 a bb, S. 71 f.
6) Dazu vgl. oben D III 2 a cc, S. 73
7) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. A 234, S. 97 oben; BAG, Urt. v. 2.6.1960 - 2 AZR 91/58 = BB 1960, S. 905 links oben unter 3.
8) Vgl. STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 14 vor § 320, S. 669

IV. Die Nachholbarkeit der Leistungen im Arbeitsverhältnis

1. Das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis

a) Die temporären "Teilleistungen" des Arbeitsverhältnisses

Um das Verhältnis der arbeitsvertraglichen Leistungen zur Zeit zu charakterisieren, wird das Arbeitsverhältnis üblicherweise als Dauerschuldverhältnis oder ähnlich bezeichnet[1]. Damit ist aber nur die Verwandtschaft zu anderen Schuldverhältnissen mit Dauerleistungen, wie z.B. Miete, Verwahrung oder Gesellschaft, angedeutet, ohne daß sich daraus besondere rechtliche Schlußfolgerungen ziehen ließen. Während z.B. bei der Miete die vertragstypische Leistung des Vermieters ohne Unterbrechung erbracht wird, kommen entsprechende kontinuierliche Leistungen im Arbeitsverhältnis nicht vor. Hier wechseln Arbeitszeit und Freizeit einander ab, und auch die eigentliche Arbeitszeit wird unterbrochen durch Pausen und Ruhezeiten[2]; entsprechend verhält es sich mit der Beschäftigung. Die Vergütung wird sowieso nur nach Ablauf gewisser Zeitabschnitte gezahlt, so daß man dabei von einer Dauerschuld nur insofern sprechen kann, als die Vergütung fortlaufend geleistet wird[3]. Die auf Grund des Arbeitsvertrages zu erbringenden Leistungen sind also von vorneherein natur- und sinngemäß in temporärer Hinsicht Teilleistungen.

---

1) Statt vieler vgl.: HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 22 V, S. 134 (Dauerrechtsverhältnis); NIKISCH I, § 19 II 2, S. 165 oben. Grundlegend zum Dauerschuldverhältnis: v. GIERKE: "Dauernde Schuldverhältnisse", Iherings Jb. 64 (1914), S. 355-411

2) Vgl. SÖLLNER, ArbuR 1967, S. 357 unter III.

3) Vgl. BEUTHIEN, Zweckerreichung, § 12 II 2, S. 270 FN 22, wo entsprechendes für den Mietzins ausgeführt wird.

b) Der "Erfüllungszeitraum" im Arbeitsverhältnis

Der Begriff "Erfüllungszeitraum" bezeichnet die Zeitspanne, während der nach dem Vertrage die Erfüllung möglich ist[1]. Im Arbeitsverhältnis ist diese Bezeichnung wegen des temporären Teilcharakters der einzelnen Leistungen nicht eindeutig. Man kann darunter, wie beim Dauerschuldverhältnis mit kontinuierlichen Leistungen[2], das gesamte Stadium verstehen, das vom Dauerschuldverhältnis durchlaufen wird, beim Arbeitsverhältnis also den Zeitraum vom vertraglich vorgesehenen Beginn bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses. Dieses Verständnis des Erfüllungszeitraums entspricht jedoch nicht der eben aufgezeigten Bedeutung, nach der nur die Zeitspanne möglicher Erfüllung damit bezeichnet werden soll. Im Arbeitsverhältnis sind deshalb unter "Erfüllungszeitraum" nur die jeweiligen vertraglich (tarifvertraglich) oder gesetzlich (AZO) vorgesehenen Leistungsabschnitte in zeitlicher Hinsicht zu verstehen, wogegen die sonstige Zeit (i.d.R. Nacht, Urlaub, Sonntag etc.) nicht als Erfüllungszeitraum zählt.

2. Die Bedeutung der Zeit für das Arbeitsverhältnis

a) Bestimmung der Leistungszeit

Die Zeit hat im Arbeitsverhältnis die Funktion, Lage und Dauer von Arbeitsleistung und Beschäftigung festzulegen sowie die einzelnen Zeitpunkte für die Vergütungsleistung zu bestimmen. Dies gilt sowohl für Zeitlohn-

---

1) Vgl. oben C IV 3 a (2), S. 43 oben
2) Vgl. dazu WIESL, Festschr. Nipperdey 1965, I, S. 840 f., 848/849 und 851 unter III.

als auch für Leistungslohnsysteme, da sich auch bei Akkordarbeit der Umfang der Arbeitspflicht u.a. durch die nach Lage und Dauer festgelegte Arbeitszeit bestimmt[1], lediglich die Vergütung der pflichtgemäß erbrachten Arbeitszeit wird dort nach dem Arbeitsergebnis bemessen[2].

b) Arbeitsverhältnis und Fixgeschäft

Auf Grund der Bestimmungsfunktion der Zeit für Dauerschuldverhältnisse wird zum Teil angenommen[3], daß es sich bei Dauerschuldverhältnissen stets um absolute Fixgeschäfte handelt, weil es "bei ihrer Natur gar nicht anders möglich ist"[4]. Ob diese Ansicht für Dauerschuldverhältnisse mit kontinuierlicher Leistungszeit zutrifft, steht hier nicht zur Beurteilung.

Für das Arbeitsverhältnis, in dem eine durchgehende Leistungszeit nicht vorkommt, kann dem jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Es ist vielmehr auch hier stets zu untersuchen, ob nach der Vorstellung der Beteiligten[5] entweder die Zeit in der Weise zum Essentiellen erhoben worden ist, daß mit ihrer Einhaltung die Leistung "steht und fällt"[6] (absolutes Fixgeschäft[7]),

---

1) Näheres vgl. KNEVELS, DB 1970, 1389 f.
2) Vgl. SÖLLNER, ArbuR 1967, S. 357 r.Sp.
3) Vgl. BEITZKE, Dauerrechtsverhältnisse 1948, unter V 1, S. 29; NIKISCH I, § 26 II 1, S. 274; WIESE, Festschr. Nipperdey 1965, I, S. 840 FN 15
4) So NIKISCH, Grundformen, S. 175 ff. (178 oben)
5) Vgl. NASTELSKI, JuS 1962, 294 r. Sp. und 295; CHRISTODOULOU, Vom Zeitelement im Schuldrecht, Diss. 1968, S. 172
6) In dem Sinne, daß eine verspätete Leistung überhaupt nicht mehr die geschuldete Leistung darstellt. Zur Doppelsinnigkeit der Wendung "steht und fällt" vgl. BEUTHIEN, Zweckerreichung, S. 186/187 dort FN 147
7) Vgl. RG, Urt. v. 27.5.1902 - Rep. II. 32/02 = RGZ 51 (1902), 347 (348); STAUDINGER-WERNER, Vorbem. 41 vor § 275 ff., S. 288

oder ob die verspätete Leistung für den Gläubiger noch von Interesse ist und es im Zweifel in seinem Belieben steht, auch die verspätete Leistung als vertragsgemäß gelten zu lassen (einfaches Fixgeschäft)[1]. Insbesondere ergibt sich ein absolut fixgeschäftlicher Charakter der Arbeitsleistung erst aus den besonderen Umständen des einzelnen Arbeitsverhältnisses. So kann der Arbeitsleistung aus Gründen der betrieblichen Organisation das strikte Zeitmoment innewohnen, wie z.B. bei Abhängigkeit einzelner Arbeitsgänge voneinander (Fließband- oder Fließarbeit). Aber auch die Natur der einzelnen Arbeitsleistung selbst kann dazu führen, daß es sich um ein absolutes Fixgeschäft handelt, wie z.B. beim Aushilfskellner zu Pfingsten[2], beim Entladen eines Kursdampfers auf einer Zwischenstation oder bei der Theatergarderobe[3]. Auch hier kann aber der Fixgeschäftscharakter wieder durch Vereinbarungen der Betroffenen gemildert sein, wie z.B. durch vereinbartes Einschalten von Ersatzleuten bei der Fließbandarbeit ("Springer"). Die absolute zeitliche Fixierung ergibt sich also nicht aus dem bloßen Dauerleistungscharakter sondern stets erst aus dem Zweck, den die Leistung nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages für den Gläubiger haben soll[4]. Es entspricht auch nicht den tatsächlichen Gegebenheiten der Praxis, in die Arbeitsleistung nur wegen des Dauercharakters eine natürliche zeitlich absolute Fixierung hineinzukonstruieren. Die Lage der Arbeitszeit ist durchaus nicht von vorneherein absolut fixiert, wie sich z.B.

---

1) Das in § 361 BGB normierte Rücktrittsrecht besteht für das Arbeitsverhältnis wegen des Dauerrechtscharakters nicht.
2) Vgl. LARENZ, Schuldrecht I (10. Aufl.), § 48 II b, S. 204 unten
3) Vgl. SCHNORR VON CAROLSFELD, § 6 I 2 b gamma, S. 163
4) Vgl. BEUTHIEN, Zweckerreichung, S. 163 oben

aus der Einführung der sog. gleitenden Arbeitszeit[1] oder aus dem "Hereinarbeiten" der zwischen Weihnachten und Neujahr gelegenen Arbeitstage ergibt.

3. Die Nachholbarkeit im Arbeitsverhältnis

a) Der Vorrang der grundsätzlichen Nachholbarkeit

Ist damit, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, das Arbeitsverhältnis grundsätzlich "Zweckschuld"[2] und nur ausnahmsweise "Zeitschuld"[3], so muß auch von der grundsätzlichen Nachholbarkeit der Leistungen des Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden. Denn es klingt doch zu schematisch, wenn man einfach - und z.T. ohne Begründung - den Satz, die Arbeitsleistung sei i.d.R. nicht nachholbar[4], gebraucht und dann daraus schließt, es liege Unmöglichkeit vor.

Diesem vorschnellen Ausweichen auf die Unmöglichkeitsregeln schließt sich auch HUECK[5] nicht vorbehaltlos an, da er es "natürlicher" findet, bei Nichtleistung trotz Möglichkeit der Arbeit "von Verzug zu sprechen". Er meint aber, es handele "sich nur um eine theoretische Frage, da das praktische Ergebnis dasselbe sein dürfte".

---

1) Vgl. dazu z.B. BOBROWSKI-GAUL (6. Aufl.), D V, S. 168
2) Ausdruck von BEUTHIEN, Zweckerreichung, S. 163 unter 2.
3) Ausdruck von HECK, Schuldrecht, § 7, 1 b, S. 25
4) So z.B.: SCHAUB, DB 1966, S. 1187 unter B I 1; SÖLLNER, ArbuR 1967, S. 357 r. Sp. oben; DERS., AcP 167 (1967), S. 138 unten; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 I 6, S. 226; KASKEL-DERSCH, 5. Aufl., § 26 II, S. 170 oben; NIKISCH I, § 26 II 1, S. 274, der jedoch die Nichtnachholbarkeit auf die "Dienstpflicht" beschränkt, die Arbeitsleistung aber "meistens" für nachholbar erklärt, a.a.O., FN 13.
5) HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 I, S. 223, FN 1

Die Ergebnisse (Schadenersatz) können allerdings übereinstimmen, der Weg dorthin - § 325 oder § 326 (Fristsetzung!) - ist jedoch von unterschiedlicher Beschwerlichkeit[1], so daß die Frage leider nicht bloßen theoretischen Wert besitzt.

Zutreffend stellt dagegen FIKENTSCHER[2] fest, daß der Unmöglichkeitsbegriff bei Dauerschuldverhältnissen einengender Auslegung bedarf, da dort wegen des Zeitfaktors die nicht rechtzeitig geleisteten Dienste sonst auch stets unmöglich sind. Würde man diese Einschränkung nicht vornehmen, wäre man dem gleichen Irrtum verfallen, wie die Lehre zur Zeit des auslaufenden gemeinen Rechts (nach 1853[3]), wo der Verzug lediglich als eine besondere Art von Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit angesehen wurde. Unmöglichkeit im Dauerschuldverhältnis liegt also erst dann vor, wenn beide Seiten durch ein seiner allgemeinen Natur nach von außen kommendes Ereignis, das in die Schutzvorkehrungen der Parteien üblicherweise nicht eingeplant wird, gehindert werden, die Leistung zu erbringen und anzunehmen[4].

Maßgeblich für die Nachholbarkeit der Leistungen im Arbeitsverhältnis sind damit insbesondere auch die Vorstellungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer beim Abschluß des einzelnen konkreten Arbeitsvertrages. Um diese Vorstellungen nicht von vorneherein generell bedeutungslos sein zu lassen, ist es besser, vom Grundsatz der Nachholbarkeit auszugehen und den einzelnen Fall auf Ausnahmen zu überprüfen, als umgekehrt.

---

1) Vgl. HERGET, DB 1969, S. 2345 r. Sp. Mitte
2) Schuldrecht (2. Aufl.), § 79 II 4 c, S. 495
3) Vgl. oben C II 2, S. 17/18
4) So auch FIKENTSCHER, a.a.O.

b) Die Grenzen der Nachholbarkeit

Je nach den Umständen des einzelnen Arbeitsverhältnisses ist die Nachholbarkeit der Leistungen mehr oder minder ausgeprägt. Ganz allgemein können die Ursachen für die Nichtnachholbarkeit der Arbeitsleistung auf drei Bereiche aufgeteilt werden: je einen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie einen neutralen.

Ganz im Vordergrund steht dabei der Bereich des Arbeitnehmers, und zwar insoweit, als die Grenze der Nachholbarkeit durch seine eigene Arbeitskraft bestimmt wird[1]. Arbeitskraft ist keine "Stapelware"[2]. Wenn die Nachholung auf Kosten der künftigen Arbeitszeit oder auf Kosten eines möglichen anderen Erwerbs erfolgen müßte, sind die Grenzen der Nachholbarkeit überschritten.

Im Bereich des Arbeitgebers findet die Nachholbarkeit ihre Grenze an der Betriebsorganisation. So ist die Arbeitsleistung außerhalb der festen Schlußzeiten des Betriebes[3] nicht nachholbar. Aber auch während Arbeitspausen, die in größeren Betrieben i.d.R. durch Betriebsvereinbarung (§§ 52 Abs. 2, 56 Abs. 1 Buchst. a BetrVG) festgelegt sind, kann eine Nachholung nicht erfolgen. Charakteristisch dafür ist das Beispiel[4] einer Westdeutschen Wäschefabrik, wo in den Kurzpausen die Arbeitnehmerinnen durch generelles Abschalten des die Nähmaschinen speisenden Stromnetzes zur Pause gezwungen werden[5]

---

1) Vgl. BEUTHIEN, Zweckerreichung, S. 247 oben mit FN 31
2) So: SCHNORR v. CAROLSFELD (2. Aufl.), § 8 I 3 a delta, S. 313
3) Vgl. BEUTHIEN, a.a.O.
4) Jüngst auch Gegenstand einer Fernsehsendung
5) Es handelte sich allerdings um Leistungslohnarbeit

Im neutralen Bereich wird die Nachholbarkeit weitgehend durch Gesetze und Verordnungen begrenzt, die einer Überforderung des Arbeitnehmers hinsichtlich der Arbeitszeit vorbeugen sollen. Zu nennen ist in erster Linie die AZO, aber auch die sonstigen Arbeitsschutzgesetze (AVO zur AZO; JArbSchG; MuSchG; LadenschlußG u.a.) sind hier zu erwähnen. Dieser Bereich steht damit in enger Beziehung zum zuerst genannten Bereich des Arbeitnehmers.

E Die Anwendung des bürgerlich-rechtlichen Verzugssystems im Arbeitsverhältnis und die dabei erforderlichen Abweichungen

I. Der Grundsatz der Gesetzestreue

Bei der Entscheidung, ob bürgerlich-rechtliche Regeln im Arbeitsverhältnis anzuwenden sind, muß stets bedacht werden, daß das Arbeitsrecht, auch wenn es ein eigenständiges Rechtsgebiet ist, sich nicht in Widerspruch zu der Gesamtrechtsordnung oder den darin enthaltenen Werturteilen setzen darf[1]. Solange für das Arbeitsverhältnis keine besonderen arbeitsrechtlichen Normen aufgestellt worden sind, dürfen Abweichungen von den bestehenden Gesetzen immer nur die ultima ratio sein und können erst dann erfolgen, wenn die hergebrachten Mittel der Gesetzesanwendung (Auslegung, Analogie, Restriktion[2] usw.) versagen[3]. Auszugehen ist deshalb auch im Arbeitsverhältnis stets von der bestehenden bürgerlich-rechtlichen Ordnung. Das bedeutet, daß insbesondere die BGB-Verzugsregeln nicht lediglich angewendet werden k ö n n e n sondern stets auch im Arbeitsverhältnis grundsätzlich angewendet werden m ü s s e n und Abweichungen nur dort erfolgen dürfen, wo das wegen der Besonderheit des Arbeitsverhältnisses nachgewiesenermaßen notwendig ist[4].

---

1) Vgl. GALPERIN, Rechtsfortbildung 1968, S. 7-20, insbes. S. 9 ff. Zur Funktion und Freiheit des Richters im Verhältnis zum Gesetz vgl. LEHMANN-HÜBNER, AT des BGB, 15. Aufl. 1966, § 8 I 7, S. 57/58 und § 8 III 6, S. 66

2) Auch die Ersetzung der §§ 323 ff., 615 beim Arbeitsvertrag durch sozialrechtliche Erwägungen (Betriebsrisiko) ist Restriktion, vgl. STAUDINGER-BRÄNDL, Einl. vor § 1, Bem. 70, S. 40.

3) Vgl. BOEHMER, Grundlagen II 1, § 17, G vor 1, S. 186/187. Zum Problem der Rechtsgeltung vgl. KLUG, Festschr. Nipperdey 1965, I, unter C, S. 88 ff.

4) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 22 III a.E., S. 133 oben; NIKISCH I, § 19 I 3, S. 162 oben; KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 131 l.Sp., 2 a a.E.

Wenn man in diesem Zusammenhang den Begriff Gesetzestreue verwendet[1], so ist darunter nicht eine immer gleiche und starre Gebundenheit an das Gesetz zu verstehen, sondern die Gesetzesanwendung hat der fortschreitenden Entwicklung der Rechtserkenntnis gerecht zu werden, auch wenn das Gesetz von inzwischen überwundenen Rechtsstandpunkten aus erlassen wurde[2]. Aus dieser Sicht der Gesetzesanwendung heraus erscheint es bedenklich, wenn man auch heute noch mit dem Hinweis, die BGB-Regeln seien am Sachleistungsprinzip orientiert und daher für das Arbeitsverhältnis ungeeignet[3], zur Aufstellung rein arbeitsrechtlicher und vom BGB losgelöster Normengruppen übergehen will. Zur Zeit der Entscheidung im Kieler Straßenbahnerteilstreik[4] mag eine solche Trennung vom BGB mangels genügender Entwicklung der damaligen Zivilrechtsdogmatik noch bedenkenlos erschienen sein[5], heute sollten entsprechende Entscheidungen jedoch nicht ohne eingehende Auseinandersetzung mit den neuesten zivilrechtlichen Untersuchungen ergehen, da sie sich sonst nur allzu leicht dem Vorwurf der Gesetzesuntreue aussetzen würden.

Besteht somit im Arbeitsverhältnis hinsichtlich der BGB-Verzugsregelung Anwendungszwang, so bilden sich doch aus seiner Natur heraus Besonderheiten für beide Verzugs-

---

1) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, a.a.O.
2) Vgl. dazu schon - wenn auch freilich der Zeit entsprechend mit anderem Zungenschlag - RAG, Urt. v. 18.10. 1939 (RAG 52/39) = ArbRSam. Bd. 38 (194o), S. 4O (43)
3) Vgl. FABRICIUS, Leistungsstörungen, E V vor 1, S. 74
4) 6.2.1923, vgl. oben S. 58 FN 1
5) Um so erstaunlicher ist es, daß die offensichtlichen Bedenken des RG, das am Schluß der Entscheidungsgründe (RGZ 1O6, 276 f.) das Ergebnis dem BGB "einfügen" wollte, in der Folgezeit kaum Beachtung fanden.

arten. Diese sollen im folgenden hervorgehoben werden, ohne daß in Detailfragen Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird.

II. Die Erscheinungsformen beider Verzugsarten im Arbeitsverhältnis

1. Überblick

Im Arbeitsverhältnis treten Gläubiger- und Schuldnerverzug in vielfältigen Arten in Erscheinung. Die Mannigfaltigkeit wird ersichtlich, wenn man jeder der oben unter D III 2 und 3 a[1)] angedeuteten Leistungspflichten die Worte Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Schuldnerverzug und Gläubigerverzug in jeweils wechselnder Kombination sinnvoll zuordnet. Sieht man die sonstigen personenrechtlichen Leistungspflichten als durch die Beschäftigungspflicht vertreten an, so ergibt sich aus dem Gesichtspunkt des Vertretenmüssens der Verzögerung heraus folgende Einteilung:

(a) Zu vertretende Leistungsverzögerungen:
  (aa) Schuldnerverzug des Arbeitnehmers mit der Arbeitspflicht
  (bb) Schuldnerverzug des Arbeitgebers
    - mit der Vergütungspflicht
    - mit der Beschäftigungspflicht.

(b) Nicht zu vertretende Leistungsverzögerungen:
  (aa) Gläubigerverzug des Arbeitnehmers
    - hinsichtlich der Vergütung
    - hinsichtlich der Beschäftigung
  (bb) Gläubigerverzug des Arbeitgebers hinsichtlich der Arbeitsleistung.

---

1) S. 70 - 75

Dabei kann der Gläubigerverzug des Arbeitnehmers hinsichtlich der Vergütung von vorneherein unberücksichtigt bleiben, denn praktisch werden Fälle, in denen der Arbeitnehmer die Vergütung nicht annimmt, kaum jemals streitig werden.

2. Die Zuordnung der einzelnen Erscheinungsformen zu typischen Lebenssachverhalten

Bei der soeben aufgezeigten Einteilung der Erscheinungsformen sind Überschneidungen nicht auszuschließen. So gerät bei vorübergehendem Fernbleiben des Arbeitnehmers dieser sowohl in Schuldnerverzug mit der Arbeitspflicht als auch in Gläubigerverzug hinsichtlich der Beschäftigung. Wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vorübergehend nicht beschäftigt, kommt der Arbeitgeber in Schuldnerverzug mit der Beschäftigungspflicht und in Gläubigerverzug hinsichtlich der Arbeitsleistung. Diese Überschneidungen haben ihre Ursache darin, daß das BGB als ein von den tatsächlichen Vorgängen losgelöstes (abstraktes) System konzipiert wurde, so daß ein Lebenssachverhalt i.d.R. mehreren Institutionen des BGB unterfällt. Mit den abstrahierenden Mitteln des BGB ist aber eine anschauliche Beschreibung der Verzugsvorgänge im Arbeitsverhältnis nicht möglich. Auch wenn man sich länger damit befaßt, ist stets eine gewisse kurze Überlegung nötig, was denn nun eigentlich gemeint wird. Deshalb soll im folgenden nicht von der aus dem BGB resultierenden Diktion sondern von einer den tatsächlichen arbeitsrechtlichen Sachverhalten entsprechenden Ausdrucksweise ausgegangen werden.

Typische Erscheinungsformen arbeitsrechtlicher Verzugssachverhalte ergeben sich bei:

(a) vorübergehender Nichtarbeit des Arbeitnehmers (Arbeitsverzug);
(b) Nichtzahlung der Vergütung (Vergütungsverzug) und
(c) vorübergehender Nichtbeschäftigung (Beschäftigungsverzug).

In der Sprache des BGB hat man zu verstehen unter:

(a) Arbeitsverzug: Schuldner- und Gläubigerverzug des Arbeitnehmers bei vorübergehender Nichtarbeit;
(b) Vergütungsverzug: Schuldnerverzug des Arbeitgebers bei Nichtzahlung der Vergütung und
(c) Beschäftigungsverzug: Gläubiger- und Schuldnerverzug des Arbeitgebers bei vorübergehender Nichtbeschäftigung.

Die Vorteile der Bezeichnungen Arbeits-, Vergütungs- und Beschäftigungsverzug sind offensichtlich: Kürze, Anschaulichkeit für Laien und Juristen sowie Übereinstimmung mit dem tatsächlichen arbeitsrechtlichen Sachverhalt. Sollten an die Stelle der Beschäftigungspflicht andere personenrechtliche Leistungspflichten treten, so dürften sich ähnliche Bezeichnungen unschwer finden lassen.

III. Der Arbeitsverzug

Arbeitsverzug ist vorübergehende Nichtarbeit des Arbeitnehmers. Soll dieser Sachverhalt am BGB gemessen werden, so zerfällt er in den Tatbestand des Schuldnerverzugs bei vorübergehender Nichtarbeit (unten 1.) und den Tatbestand des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtarbeit (unten 2.). Bei Erfüllung dieser Tatbestände ordnet das Gesetz dem Arbeitgeber bestimmte Rechte zu (unten 3.).

1. Der Tatbestand des Schuldnerverzugs bei vorübergehender Nichtarbeit

a) Die allgemeinen Voraussetzungen dieses Tatbestandes

Unter Heranziehung des oben[1] geprägten Schuldnerverzugsbegriffs hat dieser Tatbestand eine rechtswidrige, vom Arbeitnehmer zu vertretende Verzögerung der Arbeitsleistung zur Voraussetzung. Die Tatbestandselemente sind also Verzögerung der Arbeitsleistung (unten b), die Rechtswidrigkeit dieser Verzögerung (unten c) und die Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers für die Verzögerung (unten d).

b) Die Verzögerung der Arbeitsleistung

Dieses Grundelement arbeitnehmerischen Schuldnerverzugs kann verwirklicht sein, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit überhaupt nicht aufnimmt, wenn er die Arbeit zu spät leistet, wenn er im laufenden Arbeitsverhältnis nicht zur Arbeit erscheint[2], wenn er nach Arbeitsaufnahme die Arbeit unbegründet vorzeitig unterbricht, sei es durch Verlassen des Arbeitsplatzes oder durch untätiges Verweilen am Arbeitsplatz, oder wenn er nach begründeter Unterbrechung der Arbeit diese nicht rechtzeitig wieder aufnimmt.

Wo auf diese Erscheinungsformen der Verzögerung der Arbeitsleistung eingegangen wird, trifft man oft auch auf die Begriffe "Nichtleistung"[3] oder "Arbeitsvertrags-

---

1) C IV 1, S. 37
2) Vgl. LAG Niedersachsen, Urt. v. 9.11.1966 - 4 Sa 98/66 = ArbR in Stichworten (Bad Homburg: Gehlen) 1967, S. 117, Nr. 153
3) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 I, S. 223

bruch"[1]. Das Wesen des Schuldnerverzugs des Arbeitnehmers wird dadurch jedoch nicht gekennzeichnet. Der Gebrauch der Bezeichnung Arbeitsvertragsbruch erfolgt nicht einheitlich[2]. Sie dient mehr und mehr dazu, einer nicht für erforderlich gehaltenen Untersuchung, um welche Leistungsstörungsart es sich im konkreten Fall handelt, aus dem Wege zu gehen, in dem man einfach alle möglichen Arten von Leistungsstörungen damit umschreibt[3]. Der Ausdruck Nichtleistung trifft ebenfalls nicht den Kern, da diese auch zur Unmöglichkeit führen kann. Den Bezeichnungen fehlt jeweils die für den Schuldnerverzug typische Zeitbezogenheit, wie sie z.B. durch die Worte "vorübergehend" oder "Verzögerung" zum Ausdruck kommt. Man spricht deshalb treffender von vorübergehender Nichtarbeit oder von Verzögerung der Arbeitsleistung, wenn man das Grundelement des arbeitnehmerischen Schuldnerverzugs bezeichnen will.

Dieses Tatbestandselement als solches bereitet keine Schwierigkeiten. Problematisch kann es nur dort werden, wo die Verzögerung zu den anderen Leistungsstörungsarten abzugrenzen ist.

---

1) Vgl. HERGET, DB 1969, 2340 ff.; SCHAUB, DB 1966, 1187 ff.; OEHMANN, AR-Blattei, "Arbeitsvertragsbruch I"; SAVAÈTE, ArbuR 1956, 5 ff. und 33 ff.; auch HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 224
2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 FN 3, S. 224
3) Siehe HERGET, a.a.O., S. 2340; SCHAUB, a.a.O., S. 1187; OEHMANN, a.a.O., A 1; SAVAÈTE, a.a.O., S. 5; auch: ArbG Köln, Urt. v. 18.11.1969 - 1 Ca 4616/68 = DB 1970, 1035; BAG, Urt. v. 18.12.1969 - 2 AZR 80/69 = DB 1970, 884

aa) Die Abgrenzung zwischen Verzögerung und objektiver Unmöglichkeit der Arbeitsleistung

Nach den Ausführungen zu oben C IV 3 a (S. 41 ff.) ist das maßgebliche Kriterium für diese Abgrenzung die Nachholbarkeit der Arbeitsleistung[1]. Um eine Verzögerung der Arbeitsleistung handelt es sich also nur dann, wenn diese noch nachholbar ist. Wann das der Fall ist, kann nicht generell gesagt werden, sondern ist jeweils im einzelnen Fall nach den oben unter D IV 3 a und b (S. 82 - 85) aufgeführten Grundsätzen zu entscheiden.

bb) Die Abgrenzung zwischen Verzögerung und Unvermögen zur Arbeitsleistung

Der Grenzbereich zwischen dem Schuldnerverzug des Arbeitnehmers mit der Arbeitsleistung und seinem Unvermögen, und zwar sowohl dem anfänglichen als auch dem nachträglichen, wird überlagert durch einzelne auf fürsorgerischen Überlegungen[2] beruhende Bestimmungen wie z.B.[3] die §§ 616 BGB, 63 HGB, 133 c GewO[4], 1 LohnfortzahlgsG und 11 ff. MuSchG. Soweit dieser S o z i a l s c h u t z reicht[5], ist für eine Anwendung der Verzugsregeln kein

---

1) Vgl. auch LAG Baden-Württemberg Außenkammern Stuttgart, Urt. v. 20.10.1960 - 4 Sa 43/60 = Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung (WA) 1961, S. 28, Nr. 42
2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 44 III 1 a cc, S. 332; BROX, Grundbegriffe, Kap. 5 I 1 und 2, S. 60 ff.
3) Zu weiteren Regelungen vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 616 Bem. 94-102, S. 1440 ff.
4) Der frühere Abs. 2 ist seit 1.9.1969 durch das Erste ArbRBereinG einziger Absatz geworden.
5) Zu § 616 vgl. neuerdings FABRICIUS, Leistungsstörungen, F III, S. 107 ff.; KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 133 unter III 1 a. Zum Sozialschutz im faktischen Arbeitsverhältnis vgl. BEUTHIEN, RdA 1969, S. 171 unter h.

Raum[1]. Darüber hinaus kommen die oben C IV 3 b (S. 44 f.) entwickelten Grundsätze zum Tragen:

(1) Ist der Arbeitnehmer v o n A n f a n g a n d a u e r n d zur Arbeitsleistung wegen ausschließlich in seiner Person liegender Gründe nicht in der Lage, so kommt allein die Unvermögensregelung (Garantiehaftung) zur Anwendung. Für "höchstpersönliche Arbeitsleistungen" wird sogar angenommen[2], daß das anfängliche Unvermögen die anfängliche objektive Unmöglichkeit nach sich ziehe, und daß deshalb das Einstandsprinzip auch bei der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit im Falle höchstpersönlicher Arbeitsleistungen gegeben und § 306 unanwendbar sei. Ob dem zuzustimmen ist, hängt davon ab, wie man den Begriff "höchstpersönlich" auffaßt. Nur eine weite Auslegung kann dazu führen, daß § 306 auf Arbeitsleistungen überhaupt nicht anzuwenden ist. Dabei geht es insgesamt gesehen aber nicht mehr um Verzug sondern um reine Unmöglichkeitsfragen, so daß die Problematik hier nicht vertieft werden kann[3].

Handelt es sich nur um v o r ü b e r g e h e n d e a n f ä n g l i c h e Unfähigkeit, dann liegt Schuldnerverzug vor. Dabei ist die Beurteilung, ob lediglich vorübergehendes Unvermögen gegeben ist, nach den Ausführungen zu oben D IV 3 (S. 82 - 85) zu treffen. Ist also die infolge des anfänglichen Unvermögens nicht erfolgte Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer nachholbar, dann

---

1) Für die Anwendung der Unvermögensregeln gilt das aber nicht. So sind z.B. §§ 324 Abs. 1 Satz 1, 275 Abs. 2 vor § 616 anwendbar bei vom Arbeit g e b e r verschuldetem Unvermögen des Arbeitnehmers, vgl. NEUMANN-DUESBERG, DB 1969, 306 vor V.

2) Vgl. NEUMANN-DUESBERG, BB 1970, S. 1463 unter III 3, und S. 1464 unter 2 b

3) Näheres bei NEUMANN-DUESBERG, a.a.O., S. 1463 unter I 2 und 3

kommen die Schuldnerverzugsregeln, andernfalls kommt die Garantiehaftung zur Anwendung. In der Praxis dürfte eine derartige Unterscheidung jedoch äußerst selten erforderlich sein, da es sich gerade beim Arbeitsbeginn, wo noch alle Vorsätze positiv sind, meistens um Sozialschutz handelt.

(2) Wird der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung erst n a c h t r ä g l i c h , also im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses, durch in seiner Person liegende Gründe außerstande gesetzt, ist die Unterscheidung von Verzögerung und U n v e r m ö g e n , soweit es sich nicht um Sozialschutz handelt, entsprechend der Abgrenzung zwischen Verzögerung und objektiver Unmöglichkeit der Arbeitsleistung (oben aa, S. 93) vorzunehmen.

cc) Die Abgrenzung zwischen Verzögerung der Arbeitsleistung und PVV

Entsprechend der oben unter C IV 3 c (S. 45 f.) angegebenen allgemeinen Begriffsbestimmung liegt eine positive Verletzung der Arbeitspflicht nur vor, wenn es sich weder um Unmöglichkeit noch um Schuldnerverzug handelt. Geht es beim Schuldnerverzug um die vorübergehende Nichtarbeit, so umfaßt die positive Vertragsverletzung die Fälle der Schlechtarbeit[1)], wozu neben der mangelhaften Ausführung der Arbeit im Hinblick auf das erwartete Ergebnis auch die schlechte Behandlung des Arbeitssubstrats (Werkzeug, Material usw.) sowie das zu langsame Arbeiten und jede sonstige den Interessen des Arbeitgebers zuwider-

1) Bei HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 II a. Anf., S. 226, heißt es "Schlechtleistung"; KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 132 unter 3 b mit FN 19, hält den Ausdruck "Fehlleistung" für treffender als "Schlechtleistung".

laufende Handlung, die in Erfüllung der Arbeitspflicht vorgenommen wird, gehören[1].

Die Unterscheidung von vorübergehender Nichtarbeit und Schlechtarbeit, insbesondere in der Form des zu langsamen Arbeitens, ist sicher nicht immer leicht zu treffen, insbesondere dort nicht, wo es um den Bereich der sog. passiven Resistenz[2] geht. Dieser Schwierigkeit darf aber nicht dadurch ausgewichen werden, daß man den Einzelfall durch kombinierte Anwendung von Unmöglichkeits- und Verzugsregeln "gerecht" zu lösen versucht[3]. Die Leistungsstörungsarten schließen einander absolut aus, so daß eine kombinierte Anwendung nicht erfolgen darf. "Gerechte" Lösungen verführen nur allzu leicht zu einer nicht vom Gesetz getragenen Begründung. Passive Resistenz, gleichgültig ob individuell oder kollektiv ausgeübt, kommt der bewußten Zurückhaltung der Arbeitsleistung gleich. Teilweise wird nun angenommen, das sei ein Fall der Schlechtarbeit[4]. In dieser Allgemeinheit kann dem jedoch nicht zugestimmt werden, denn vielfach steht die Zurückhaltung der Arbeitsleistung und also auch die passive Resistenz der Nichtarbeit näher als der Schlechtarbeit[5]. Wer seine Arbeitsleistung zurückhält, strengt sich insoweit nicht an, er arbeitet also nicht. Bei der Schlechtarbeit hat sich vielfach der Arbeitnehmer geistig oder körperlich angestrengt, man

---

1) Ähnlich HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, a.a.O., S. 226 f.
2) Der Ausdruck wird vorzugsweise im kollektiven Arbeitsrecht gebraucht zur Bezeichnung des durch Bummeln, Scheinarbeit oder Abweichung vom eingeübten Kooperationsschema getarnten Streiks, vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch II 2, § 47 III 1 a alpha, S. 893 m.w.N. in FN 14
3) So aber ein Vorschlag von KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 132 unter 3 b Abs. 2
4) Vgl. NIKISCH I, § 27 V 1, S. 300 mit FN 46; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 144, S. 1298
5) Vgl. BAG, Urt. v. 17.7.1970 - 3 AZR 423/69 = DB 1970, S. 2226 unter I 3

wirft ihm also nicht unterbliebene Arbeitsquantität, sondern lediglich fehlende Qualität vor[1]. Die Abgrenzung von Nichtarbeit und Schlechtarbeit muß demnach stets vom Arbeitsergebnis her vorgenommen werden: Ist zumindest ein brauchbarer Teil des erwarteten Arbeitsergebnisses hergestellt, handelt es sich um Schlechtarbeit; ist dagegen das tatsächliche Arbeitsergebnis auch nicht als brauchbarer Teil des erwarteten Ergebnisses anzusehen, liegt Nichtarbeit vor[2].

Entsprechend handelt es sich bei einem B u m m e l - s t r e i k , d.h. bei kollektiv verlangsamter Erbringung der Arbeitsleistung[3], um Schlechtarbeit und damit um PVV und nicht um Arbeitsverzug[4], da ein Teil der erwarteten Arbeitsleistung erbracht wird.

c) Die Rechtswidrigkeit der Arbeitsverzögerung (Rechtfertigungsgründe)

Abgesehen davon, daß die besonderen Rechtswidrigkeitselemente des Schuldnerverzugs (Mahnung, Vollwirksamkeit des Anspruchs und Vertragstreue des Gläubigers)[5] keine typisch arbeitsrechtliche Problematik aufweisen, gilt der Grundsatz, daß die Verzögerung der Arbeitsleistung die Rechtswidrigkeit indiziert. Ausnahmen dazu bestehen also nur bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen.

---

1) Vgl. BAG, a.a.O.
2) Ebenso ist die vom Arbeitnehmer verursachte Ausschußproduktion zu behandeln, wobei allerdings nicht jeder sondern nur der grobfahrlässig verursachte Mißerfolg als vom Arbeitnehmer verschuldete Schlechtleistung angesehen werden darf, vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 FN 33a a.E., S. 231; ArbG Celle, Urt. v. 5.2.1968 - 1 Ca 419/67 = ArbR in Stichworten 1968, S. 95, Nr. 1183, Ls. 4
3) Vgl. ZÖLLNER, Festschr. Bötticher 1969, S. 433; SÖLLNER, Lehrbuch, § 11 II 3, S. 64; BROX-RÜTHERS, § 1 B I 1 b, S. 29
4) a.A : KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 132 unter 3 b
5) Vgl. dazu oben C IV 1, S. 37 f.

aa) Die vertragliche oder gesetzliche Arbeitsbefreiung als Rechtfertigungsgrund

Kein Arbeitsverzug liegt vor, wenn das vorübergehende Aussetzen der Arbeit vereinbart wurde, mag es sich dabei um Kurzarbeit, Urlaub oder Werksbeurlaubung handeln. Gleiches gilt, wenn dem Arbeitnehmer durch Gesetz das Recht zur vorübergehenden Nichtarbeit eingeräumt ist, wie z.B. in § 615 BGB bei Annahmeverzug des Arbeitgebers hinsichtlich der Arbeitsleistung[1] oder in § 43 Abs. 1 Satz 1 BetrVG bei den Pflichtversammlungen oder den auf Wunsch des Arbeitgebers einberufenen außerordentlichen Versammlungen des Betriebsrats[2]. Ebenso gehören hierher die Regelungsabrede nach § 43 Abs. 2 Satz 2 BetrVG zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über eine an sich außerhalb der Arbeitszeit stattfindende Betriebsversammlung[3] und die von Fall zu Fall zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderliche Arbeitsversäumnis nach § 37 Abs. 2 BetrVG[4]. Die Freistellung nach § 37 Abs. 3 BetrVG[5] bewirkt schon eine Befreiung von der vertraglichen Arbeitspflicht, gehört also nicht hierher. Auch die Fälle des Sozialschutzes (MSchG usw.) zählen nicht als Rechtfertigungsgrund, da bei ihnen der Arbeitsverzug von vorneherein ausscheidet.[6]

---

1) Näheres dazu unten beim Beschäftigungsverzug, S. 134 ff.
2) Vgl. NEUMANN-DUESBERG, RdA 1968, 443 unter III 1 a
3) Die Abrede kann rechtskonstruktiv als Erlaßvertrag zugunsten Dritter (der Arbeitnehmer) angesehen werden, vgl. NEUMANN-DUESBERG, a.a.O., S. 444 unter III 2 a
4) Dabei hat sich das Betriebsratsmitglied abzumelden, einer Einwilligung des Arbeitgebers zum Verlassen des Arbeitsplatzes bedarf es nicht, vgl. LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 5.5.1970 - 1 Sa 73/70 = DB 1970, 2178 f.; FITTING-KRAEGELOH-AUFFARTH, § 37 BetrVG, Bem. 20 f., S. 322; DIETZ, § 37 BetrVG, Bem. 13, S. 427; GALPERIN-SIEBERT, § 37 BetrVG, Bem. 12 f., S. 282 f.
5) Scharf zu trennen von der Abmeldepflicht bei § 37 Abs. 2 BetrVG, vgl. GALPERIN-SIEBERT, § 37 BetrVG, Bem. 29, S. 288
6) Vgl. oben, S. 93 f.

bb) Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers hinsichtlich seiner Arbeitsleistung als Rechtfertigungsgrund

Die Verzögerung der Arbeitsleistung ist ebenfalls nicht rechtswidrig, wenn dem Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich seiner Arbeitsleistung zusteht. Man kann heute davon ausgehen, daß ein derartiges Recht des Arbeitnehmers grundsätzlich möglich ist[1] und regelmäßig auf § 273 Abs. 1 beruht, und zwar auch dort, wo es den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers zum Gegenstand hat. In diesem Zusammenhang kommt die häufig fälschlich zitierte Bestimmung des § 320 Abs. 1 Satz 1 nur dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer entgegen § 614 nicht zur Vorleistung verpflichtet ist. Besteht, wie regelmäßig, die Vorleistungspflicht und hat der Arbeitgeber die Vergütung für eine zurückliegende Lohnperiode unterlassen, so greift § 320 nicht ein, da der rückständige Lohn und die Pflicht zur künftigen Arbeitsleistung nicht im synallagmatischen Verhältnis zueinander stehen[2]. In diesem Fall beruft sich der Arbeitnehmer auf den fälligen Lohnanspruch für die in der Vergangenheit geleistete Arbeit, bis zu dessen Erfüllung er die weitere Arbeit nach § 273 verweigern kann[3].

Wird das Zurückbehaltungsrecht von mehreren gemeinsam ausgeübt, ergibt sich rein äußerlich eine Übereinstimmung mit dem Streik[4]. Um einen solchen handelt es sich

---

1) Vgl. die umfangreichen Literaturnachweise bei HAASE, DB 1968, S. 708 FN 1 und 2; außerdem: BROX, Grundbegriffe, Kap. 4 III 2, S. 56
2) Vgl. HAASE, DB 1968, S. 708 FN 3; KIRSCHNER, DB 1961, S. 842 1. Sp. unter I
3) Vgl. OEHMANN, AR-Blattei "Zurückbehaltungsrecht I", B II 2 Abs. 2; KIRSCHNER, DB 1961, S. 844 unter 4
4) Vgl. BAG, Urt. v. 20.12.1963 - 1 AZR 428/62 = BAG 15 (1966), 174 (186 f. unter B I 1) = AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 6 ff. = DB 1964, S. 371

i.d.R., wenn sich Arbeitnehmer, denen kein Zurückbehaltungsrecht zusteht, anschließen. Dabei ist gleichgültig, ob der Anschluß auf Veranlassung der Arbeitnehmer mit Zurückbehaltungsrecht erfolgt oder lediglich mit deren Billigung. Widersprechen sie dem Anschluß ernsthaft (sei es ausdrücklich oder konkludent), handelt es sich nur bei den Anschließenden um Streik, so daß deren Arbeitsverzögerung nur kollektivrechtlich zu legitimieren wäre[1]. Liegt bei gemeinsamer Ausübung des Zurückbehaltungsrechts kein Anschluß weiterer Arbeitnehmer vor, kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, ob es sich lediglich um einen gemeinsamen Individualakt oder um einen Kollektivakt handelt[2]. Hier ist insbesondere das Maß des auf den Arbeitgeber ausgeübten kollektiven Drucks von Bedeutung[3].

cc) Der Streik als Rechtfertigungsgrund

Eine Arbeitsverzögerung kann durch sie bedingende Maßnahmen des kollektiven Arbeitsrechts nur insoweit gerecht-

---

1) Vgl. HAASE, DB 1968, S. 757 f. RÜTHERS, JZ 1970, S. 627 unter IV Abs. 5 a.E., wertet darüber hinaus die von berechtigten Arbeitnehmern ausgehende Anstiftung Unberechtigter zur Beteiligung an der Arbeitsniederlegung als "Vertragsverstoß".

2) A.A. RÜTHERS, JZ 1970, S. 627, r.Sp. unter IV., wonach eine organisierte Zusammenfassung der Ausübung individualrechtlicher Befugnisse "keine quasi übergeordnete kollektiv- oder kampfrechtliche Unzulässigkeit dieser Bündelung" bewirkt. Er sagt aber leider nicht, wie man feststellen kann, ob es sich tatsächlich überhaupt um Geltendmachung individueller Rechte handelt, oder ob diese nur vorgeschoben werden, um den wilden Streik mit der Legitimität des Individualrechts zu versehen.

3) Vgl. HAASE, DB 1968, S. 712 f.; auch S. 711, wo er zutreffend gegen die vom BAG (15, 174 - 189 f. -; weitere Angaben s. o. S. 99, FN 4) statuierte Kundgebungspflicht der Arbeitnehmer hinsichtlich der Art des von ihnen ausgeübten Rechts Stellung nimmt. Gegen diese Kundgebungspflicht auch: GRUNSKY, JuS 1967, S. 64 r. Sp.

fertigt werden, als die Kampfmaßnahme vom kollektiven Recht selbst als rechtmäßig angesehen wird. Für den hier allein praktisch bedeutsamen Angriffsstreik folgt daraus, daß er nur in seiner rechtmäßigen Form[1] die vorübergehende Nichtarbeit rechtfertigt[2], wogegen der rechtswidrige Streik stets die Rechtswidrigkeit auch der durch ihn bedingten Arbeitsverzögerung herbeiführt[3]. Dies gilt insbesondere für den sog. **wilden Streik**[4], d.h. einen Streik, der nicht von einer Gewerkschaft ausging oder von ihr übernommen wurde. Dieser kann unter keinem Gesichtspunkt ein zulässiges Mittel der Lösung sozialer Konflikte sein[5]. Auf die Rechtswidrigkeit des Bummelstreiks[6] ist hier nicht einzugehen, da er schon tatbestandsmäßig nicht unter den Arbeitsverzug fällt.

---

1) Zur Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen kann auf die umfangreichen Ausführungen in der Literatur nur Bezug genommen werden, vgl. insbesondere: HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch II 2, §§ 48-50, S. 977-1059; BROX-RÜTHERS, 3. Kap., §§ 3-11, S. 51-217; Kurzdarstellung bei SÖLLNER, Lehrbuch, § 12 II, S. 72-87

2) Vgl. BROX-RÜTHERS, § 9 I, S. 162 f.

3) Durch die hier vorgenommene Einfügung des Rechtswidrigkeitselementes in das Schuldnerverzugsrecht erübrigt sich ein Eingehen auf die Einheitstheorie (h.L., gegen die Trennungstheorie) zum Verhältnis zwischen Individual- und Kollektivarbeitsrecht; vgl. dazu BROX-RÜTHERS, § 12 II, S. 218 f.; RÜTHERS, ArbuR 1967, S. 129 ff.; KRAFT, RdA 1968, S. 286 ff. und 434 ff.; BOLDT, Arbeitsverhältnis EGKS, S. 100; DERS., Streik EGKS 1961, S. 101 (Nr. 58); BAG Großer Senat, Beschl. v. 28.1.1955 - GS. 1/54 = BAG 1, 291 ff.

4) Zum Recht des wilden Streiks in Europa vgl. die Beiträge in RdA 1970, S. 321-356

5) h.L., vgl. BAG, Urt. v. 21.10.1969 - 1 AZR 93/68 = AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (mit Anm. RÜTHERS) = AR-Blattei, Arbeitskampf II, Entscheidg 16 (mit Anm. MAYER-MALY) = NJW 1970, 486 = DB 1970, S. 208 f.; BAG 15, 174 (191 ff.; weitere Angaben dazu und Nachweise s.o., S. 99 FN 4); WEITNAUER, DB 1970, S. 1644 unter c; HAASE, DB 1968, 757 vor 3; MAYER-MALY, RdA 1970, S. 333 unter I Abs. 2; RÜTHERS, DB 1970, 2128 unter C IV 3. A.A.: LÖWISCH-HARTJE, RdA 1970, S. 325 ff. unter 3, und RÜTHERS, JZ 1970, S. 627 unter IV, für den Fall, daß die arbeitsvertraglichen Bindungen beachtet werden.

6) Dazu vgl. ZÖLLNER, Festschr. Bötticher 1969, S. 436-439, insbesondere S. 439 unter 7

d) Die Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers

Im Streitfall hat der Arbeitnehmer zu beweisen, daß ihn an der Verzögerung der Arbeitsleistung kein Verschulden trifft (§§ 285, 276-279). Das kann insbesondere beim fahrlässigen Zuspätkommen[1] oder beim wilden Streik praktisch werden. Gerade dort wird die Arbeitnehmerschaft sich oft darauf berufen, die Rechtswidrigkeit nicht erkannt zu haben, wie z.B. im wilden Streik in einer Nürnberger Schuhfabrik im Dezember 1961. Dazu führte das BAG[2] aus, wer einen Streik begönne, habe eine besondere Verpflichtung, sich von der Rechtmäßigkeit des geplanten Schrittes zu überzeugen. Es sei in aller Regel ein Verschulden anzunehmen, wenn Arbeitnehmer, ohne sich vorher nach Kräften von der Rechtmäßigkeit zu überzeugen, einen Streik beginnen würden und sich später die Rechtswidrigkeit herausstelle. Nach dieser Ansicht des BAG hätten die Arbeitnehmer stets das Risiko auch erst nachträglich ergehender Entscheidungen zu tragen.

Soweit sollte man den Schuldvorwurf jedoch nicht ausdehnen. Das Arbeitsrecht wird nicht nur durch eine nahezu unübersehbare Zahl von Regeln und Sonderbestimmungen geprägt sondern weitgehend auch durch richterliche Entscheidungen geformt. Ein Rechtsirrtum sollte daher nur dort als vermeidbar angesehen werden, wo bereits eine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt oder es um evidente[3] Rechtssätze geht[4].

---

1) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 I 1 a.E., S. 224
2) 15, 174 (195 f. unter B III 2); weitere Angaben dazu s. o. S. 99, FN 4
3) Zum juristischen Evidenzbegriff vgl. ACHTERBERG, DÖV 1963, S. 331 ff.
4) Vgl. MAYER-MALY, Festschr. Bötticher 1969, S. 259

2. Der Tatbestand des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtarbeit

Da eine Beschäftigungspflicht besteht, kann der Arbeitnehmer bei vorübergehender Nichtarbeit auch in Annahmeverzug hinsichtlich der dieser Pflicht entsprechenden Leistung des Arbeitgebers geraten. Die praktische Bedeutung dieses Tatbestandes ist gering, sie liegt vor allem dort, wo der Tatbestand des Schuldnerverzugs mangels Verschuldens des Arbeitnehmers nicht zum Tragen kommt. Seine Rechtsfolgen werden fast völlig von denen des Schuldnerverzugs überlagert. Dementsprechend findet sich weder in Rechtsprechung noch Literatur eine eingehende Behandlung, so daß hier einige Hinweise auf das Wesentliche genügen mögen.

Zieht man den oben[1] geprägten Gläubigerverzugsbegriff heran, so versteht sich dieser Tatbestand als d i e v o m A r b e i t n e h m e r v e r u r s a c h t e r e c h t s w i d r i g e V e r z ö g e r u n g d e r B e s c h ä f t i g u n g s p f l i c h t . Die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen sind auf seiten des Arbeitgebers: die Beschäftigungsberechtigung (§ 271), die Beschäftigungsmöglichkeit (§ 297), die Beschäftigungsbereitschaft (i.S. des Beschäftigenwollens) und das Beschäftigungsangebot; auf der Seite des Arbeitnehmers: die Beschäftigungsverzögerung durch (Kausalität) Nichtannahme der angebotenen Beschäftigung (§ 293), mangelnde Annahmebereitschaft (§ 295 Satz 1, 1. Alt.) oder Unterlassen einer erforderlichen Mitwirkung (§§ 295 Satz 1, 2. Alt., 296[2]).

---

1) C V 1, S. 52

2) Das Nichtanbieten der verlangten Gegenleistung (§ 298) gehört nicht hierher, da zur Beschäftigung keine synallagmatische Leistungspflicht besteht.

Bei der Abgrenzung zu den anderen Leistungsstörungsarten sind die oben[1] für den allgemeinen Gläubigerverzug hervorgehobenen Kriterien maßgebend. Insbesondere muß aber der Vorrang des Sozialschutzes[2] auch hier beachtet werden.

Das Beschäftigungsangebot wird sich i.d.R. nach §§ 296 Satz 1, 295 Satz 1, 2. Alt., erübrigen, da es dem Arbeitnehmer obliegt, überhaupt erstmal zur Arbeitsstelle zu kommen (Mitwirkungshandlung). Sollten diese Bestimmungen ausnahmsweise nicht eingreifen, kann es durchaus fraglich sein, wie denn das Beschäftigungsangebot des Arbeitgebers beschaffen sein soll. Die sich beim Beschäftigungsverzug entsprechend ergebende Problematik[3] taucht hier jedoch nicht auf, da in der Offenhaltung des Betriebes und der Bereitstellung der Arbeitsmittel ein ständiges konkludentes Beschäftigungsangebot des Arbeitgebers liegt.

Für die Rechtswidrigkeit der vom Arbeitnehmer verursachten Beschäftigungsverzögerung gilt das oben[4] beim Schuldnerverzug Gesagte, da dasselbe Verhalten des Arbeitnehmers, egal ob es sich um Arbeits- oder Beschäftigungsverzögerung handelt, nur einheitlich als rechtmäßig oder rechtswidrig behandelt werden kann.

---

1) C V 3, S. 54 - 59
2) Vgl. dazu oben E III 1 b bb, S. 93 - 94
3) Vgl. dazu unten E V 1 c cc, S. 145 - 161
4) E III 1 c aa - cc, S. 98 - 101

3. Die Rechtsfolgen des Arbeitsverzugs
(Arbeitgeberrechte)

a) Das Lösungsrecht

Im Falle des Arbeitsverzugs, insbesondere wenn sich die Verzögerungen häufen, kann es sein, daß der Arbeitgeber die sofortige Lösung des Arbeitsvertrags anstrebt. Die nach dem BGB-Verzugssystem an sich einschlägigen Bestimmungen der §§ 326 Abs. 1 Satz 2, 327 werden insoweit jedoch nach heute allg. M.[1] durch die in der Spezialregelung des § 626 eröffnete Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung verdrängt. Der Rücktritt vom Arbeitsvertrag wegen Arbeitsverzugs[2] ist also in keinem Fall möglich.

Die außerordentliche Kündigung ist nach § 626 Abs. 1 nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich. Diese Bestimmung gilt nach Aufhebung sämtlicher Sonderbestimmungen durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969[3] für alle Dienst- und Arbeitsverhältnisse und enthält jetzt auch eine Definition des wichtigen Grundes, die der bisherigen Lehre und Rechtsprechung entspricht[4]. Darüber hinaus kann die außerordentliche Kündigung jetzt nur noch innerhalb der durch § 626 Abs. 2 festgesetzten Ausschlußfrist von zwei Wochen erfolgen.

---

1) Vgl. KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 135 unter d cc mit FN 39; HERGET, DB 1969, S. 2343 unter BB I Abs. 3 mit FN 37; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 I 4, S. 225 f. mit FN 17, dort auch w.N.; ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 Bem. 5 e aa C, S. 1237

2) Die bei SCHOETZAU, § 11 III, S. 78 f., behandelte Ausnahme für die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vor Arbeitsantritt taucht im Verzugsrecht nicht auf.

3) BGBl. I, S. 1106 ff.

4) Vgl. MONJAU, BB 1969, 1045 unter IV 3

Nach der Definition des § 626 Abs. 1 ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes allein nach dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit zu entscheiden[1], wobei die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und die Interessen beider Vertragsteile abzuwägen sind. Im Hinblick auf diese gesetzliche Regelung kann der Ansicht[2], die in § 326 geregelte Leistungsverzögerung erfülle zugleich den Begriff des wichtigen Grundes in § 626, in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Es ist zwar denkbar, daß die Arbeitsverzögerung im Einzelfall einen wichtigen Grund darstellt, i.d.R. wird sie jedoch nicht zur Unzumutbarkeit i.S. § 626 Abs. 1 führen, so daß die Sanktion des § 626 BGB für den Arbeitsverzug als Ausnahme betrachtet werden muß. Um eine solche Ausnahme handelt es sich z.B. dann, wenn Arbeitnehmer durch wilden Streik in Arbeitsverzug geraten und trotz wiederholter Aufforderung die Arbeit nicht aufnehmen (beharrliche Arbeitsverweigerung)[3]. Ein wichtiger Grund liegt auch vor bei häufigem unentschuldigtem Fehlen oder bei wiederholtem Zuspätkommen, wenn dieses Verhalten trotz wiederholter Mahnungen zum pünktlichen Erscheinen fortgesetzt wird[4]. Jedoch liefert wiederholte Unpünktlichkeit nicht immer einen wichtigen Grund. Bei einem 12 Jahre betriebszugehörigen Arbeitnehmer z.B. kann ein Zuspätkommen um 7 Minuten allein noch keine Kündigung

---

1) Vgl. FITTING, DB 1969, 1462 unter III 2 e. Zur Zumutbarkeit im Zusammenhang mit dem früheren § 123 GewO vgl. KIRSCHNER, DB 1968, 1268 ff.; dort unter II ist auch die Entwicklung der BAG-Rechtsprechung aufgezeigt.

2) Vertreten von KÜCHENHOFF in ERMAN-KÜCHENHOFF (4. Aufl. 1967), § 611 Bem. 5 e aa C Abs. 2, S. 1237

3) Vgl. BAG, Urt. v. 21.10.1969, weitere Angaben und Nachw. wie oben S. 101, FN 5; LÖWISCH-HARTJE, RdA 1970, S. 330 unter 2

4) Vgl. LAG Berlin, Urt. v. 16.1.1969 - 5 Sa 31/68 = Entscheidgskalender 1969, Fachreg. 4 S. 305. In LAG Berlin, Urt. v. 18.7.1968 - 6 Sa 13/68 = DB 1969, 136 r. Sp., wird außerdem ausgeführt, daß eine aus diesen Gründen erfolgende ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist.

rechtfertigen, wenn die Verwarnung wegen eines früheren gleichen Vorfalls schon über 3 Monate zurückliegt[1]. Wie in dem früheren § 123 Abs. 1 Nr. 3 GewO[2] muß auch heute noch erkennbar sein, daß der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht mit gewisser Nachhaltigkeit nicht nachkommen will; bloße Saumseligkeit allein rechtfertigt eine fristlose Entlassung nicht.

b) Die Weigerungsrechte

Im Fall des Arbeitsverzugs wird sich der Arbeitgeber überlegen, inwieweit er zur Erbringung seiner eigenen Leistungen noch verpflichtet ist. Dabei liegt das Schwergewicht auf der E i n b e h a l t u n g d e r V e r g ü t u n g . Im Ausnahmefall, wenn der Arbeitgeber nach § 626 gekündigt hat, kann auch eine Verweigerung der Urlaubsabgeltung (§ 7 Abs. 4 Satz 2 BUrlG, § 19 Abs. 6 Satz 2 JugArbSchutzG)[3] in Betracht kommen. Zur Verweigerung des Urlaubsfreizeitanspruchs[4] oder zur Zurückbehaltung der Arbeitspapiere[5] wird der Arbeitgeber auf Grund des Arbeitsverzugs jedoch nicht berechtigt.

Eine Vergütungseinbehaltung kommt selbstverständlich nur dann in Frage, wenn - abgesehen zunächst vom Fall der außerordentlichen Kündigung - die versäumte Arbeit

---

1) Vgl. LAG Bayern, Urt. v. 19.7.1967 - 2 Sa 660/67 = ARSt 1969, S. 30, Nr. 1029
2) Vgl. BOLDT-STEFFENS, § 123 GewO, Bem. II "Zu Ziffer 3", S. 330 Abs. 2; LAG Hannover, Urt. v. 19.1.1960 - 1 Sa 481/59 = WA 1960, S. 131, Nr. 241
3) Näheres bei HERGET, DB 1969, S. 2344 unter II 2; SCHAUB, DB 1966, 1187 f. unter B III
4) Vgl. OEHMANN, AR-Blattei "Arbeitsvertragsbruch I", C III 2
5) Einzelheiten bei HERGET, a.a.O., unter II 3 m.w.N. insbesondere in FN 57

bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Vergütung nicht bereits nachgeholt ist. In diesem Fall kann der Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 geltend machen[1]. Bei einmaligem kurzfristigem Zuspätkommen läge allerdings noch verhältnismäßige Geringfügigkeit vor, so daß die Vergütung insoweit wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben nach § 320 Abs. 2 nicht verweigert werden kann. Anders dagegen, wenn im Hinblick auf die Lohnzahlungsperiode für eine nicht mehr verhältnismäßig geringfügige Zeit die Arbeit versäumt wurde, wie sich das etwa bei häufigem Zuspätkommen ergeben kann. Dann kann der Arbeitgeber die Vergütung für den gesamten Leistungsabschnitt verweigern, bis die Arbeit nachgeholt worden ist.

Hat der Arbeitgeber berechtigterweise nach § 626 gekündigt oder hat der Arbeitnehmer trotz unberechtigter Kündigung die Dreiwochenfrist nach §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 4 Satz 1, 7 KSchG ohne Klageerhebung verstreichen lassen, so braucht die Vergütung nur zu einem der erbrachten Leistung entsprechenden Teil gezahlt zu werden. Darüber hinausgehende Vorauszahlungen hat der Arbeitnehmer nach §§ 628 Abs. 1 Satz 3, 347 zurückzuerstatten. Auch die Vergütung für bereits erbrachte Arbeit kann der Arbeitgeber dann auf Grund des § 628 Abs. 1 Satz 2 verweigern, wenn die bisherige Arbeit für ihn infolge des Arbeitsverzuges kein Interesse mehr hat, wie z.B.[2] bei unvollendeter Akkordarbeit oder bei Theaterproben.

Eine s t r a f w e i s e A u s s p e r r u n g ist in keinem Fall als Sanktion gegenüber dem Arbeitsverzug

---

1) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 I 6, S. 226; ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 Bem. 5 e aa B, S. 1237

2) Beispiele nach OEHMANN, AR-Blattei "Arbeitsvertragsbruch I", C II 4

möglich[1]. Beim Arbeitsverzug geht es um die Durchsetzung eines bestehenden Rechtsanspruchs des Arbeitgebers, während die Aussperrung als Arbeitskampfmaßnahme nicht diesem Individualzweck dient sondern auf die kollektive Regelung von Arbeitsbedingungen zielt[2]. Ein Fortfall des Lohnanspruchs kann somit durch strafweise Aussperrung nicht herbeigeführt werden.

c) Die Ersatzrechte

(1) Auf Grund des Arbeitsverzugs kommen für den Arbeitgeber in erster Linie Schadenersatzansprüche gegen den Arbeitnehmer in Betracht. Dagegen sind für das Verzugsrecht derartige Ansprüche gegen Dritte - etwa aus dem Gesichtspunkt des Verleitens zum Arbeitsverzug (§§ 823, 826 BGB; § 1 UWG; § 125 GewO)[3] - von untergeordneter Bedeutung, da bei bloßem Arbeitsverzug der Nachweis der Ursächlichkeit des Verhaltens des Dritten für die Verzögerung wohl kaum zu erbringen ist. Ansprüche gegen Dritte sollen deshalb hier nicht erörtert werden.

(2) Als A n s p r u c h s g r u n d l a g e n gegen den Arbeitnehmer bieten sich die §§ 628 Abs. 2, 326, 286 Abs. 1 BGB und § 124 b GewO an. § 286 Abs. 2 BGB scheidet hier von vorneherein aus, da beim Arbeitsverzug eine gegenseitige Leistungspflicht verzögert wird. Aber auch § 124 b GewO hat für den Arbeitsverzug keine Bedeutung. Diese Bestimmung fordert, daß der Ge-

---

1) A.A. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 I 5, S. 226, und SCHAUB, DB 1966, S. 1188 unter IV, für den Fall, daß der Arbeitnehmer damit einverstanden ist.
2) Vgl. SÖLLNER, Lehrbuch, § 11 IV, S. 68
3) Zu Einzelheiten dieser Ansprüche im Falle des "Arbeitsvertragsbruchs" vgl. HERGET, DB 1969, S. 2342 f. unter C AA; SCHAUB, DB 1966, S. 1191 unter II

selle oder Gehilfe die Arbeit rechtswidrig verlassen hat. Die Abkehr muß also ohne die Absicht wiederzukehren erfolgen und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezwecken[1]. Bloß vorübergehendes Fernbleiben genügt nach ständiger Rechtsprechung[2] nicht, so daß § 124 b GewO auf den Arbeitsverzug gar nicht angewendet werden kann.

(3) Ein Anspruch des Arbeitgebers auf Ersatz des durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstandenen Schadens nach § 628 Abs. 2 dürfte im Falle des Arbeitsverzugs nur selten bestehen. Diese Bestimmung setzt voraus, daß die nach § 626 ausgesprochene außerordentliche Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers veranlaßt wurde. Sie greift also nur in dem Ausnahmefall ein, in dem die Arbeitsverzögerung einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellt[3] und der Arbeitgeber dieses Kündigungsrecht ausübt.

(4) Unabhängig von den Regelungen in §§ 628 Abs. 2, 626 können dem Arbeitgeber auch Ersatzansprüche nach § 326 oder § 286 Abs. 1 zustehen. Der Ansicht, daß der aus § 326 sich ergebende Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung durch den entsprechenden Schadenersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 ersetzt werde[4], kann nicht zugestimmt werden. Hinsichtlich des Anspruchs auf Schadenersatz bildet § 628 Abs. 2 keine Spezialregelung

---

1) Vgl. BOLDT-STEFFENS, § 124 b GewO, Bem. III, S. 339; LANDMANN-ROHMER-NEUMANN, § 124 b GewO, Bem. 4, S. 2
2) Vgl. die Nachweise bei LANDMANN-ROHMER-NEUMANN, a.a.O.
3) Dazu vgl. oben a, S. 105 - 107
4) So: HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 35 I 4 FN 17 a.E., S. 226; PALANDT-HEINRICHS, § 326 Bem. 1, S. 305, unter fälschlicher Berufung auf RGZ 89, 400

zu § 326, da die Voraussetzungen beider Bestimmungen zu verschieden sind[1]. § 628 Abs. 2 gewährt lediglich den Ersatz des durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schadens, d.h. desjenigen sich an das vertragswidrige Verhalten anschließenden z u k ü n f t i g e n Schadens, der gerade bei eigener Kündigung - hier also der Kündigung des Arbeitgebers - nicht vom Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung erfaßt wird[2]. Dagegen kann der Arbeitgeber nach § 326 nur Ersatz des durch die Nichterfüllung des ganzen Vertrages entstandenen Schadens fordern. Im Gegensatz zu § 628 Abs. 2 setzt außerdem auch § 326 gerade nicht voraus, daß das Arbeitsverhältnis gelöst worden ist (Arg. "oder" in § 326 Abs. 1 Satz 2). Der Arbeitgeber hat also die Wahl, ob er entweder nach §§ 626, 628 Abs. 2 den Vertrag löst und Schadenersatz wegen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses verlangt oder am Vertrag festhält und nach § 326 Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert[3]. Durch § 628 Abs. 2 wird die Lücke geschlossen, die dadurch entstand, daß das in § 326 statuierte Rücktrittsrecht und damit auch die Rücktrittsfolgen durch das Kündigungsrecht des § 626 ersetzt wurden. § 628 Abs. 2 ist also keine Spezialregelung zu § 326 sondern § 326 wird in Wirklichkeit durch § 628 Abs. 2 e r g ä n z t[4].

(5) Wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach § 626 nicht lösen kann oder will, bleibt ihm beim Arbeitsverzug nur die Möglichkeit, entweder Erfüllung der Arbeitsleistung und daneben nach § 286 Abs. 1 Ersatz des

---

1) Vgl. KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 136 1. Sp. oben
2) Vgl. WOLFF, ArbuR 1968, S. 263 unter 2 vor a
3) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 141 f., S. 1297; ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 Bem. 5 e aa D, S. 1237; SCHOETZAU, § 11 V, S. 80-86
4) Vgl. WOLFF, a.a.O.

Verzögerungsschadens zu verlangen oder nach § 326 Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Wählt er die erstgenannte Möglichkeit, bieten sich keine Besonderheiten; ein Vorgehen aus § 326 ist dann aber selbstverständlich ausgeschlossen[1], da Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Schadenersatz wegen verzögerter Erfüllung nicht nebeneinander begehrt werden können[2] (Arg. § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2).

Will der Arbeitgeber wegen des Arbeitsverzugs nach § 326 Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, so müssen einerseits die dortigen Voraussetzungen (Interessewegfall, § 326 Abs. 2; oder erfolglose Nachfristsetzung, § 326 Abs. 1 Satz 1) vorliegen, andererseits muß aber auch beachtet werden, daß es sich bei der Arbeitsleistung regelmäßig um temporäre Teilleistungen[3] handelt, so daß i.d.R. nur Teilverzug vorliegt und wie oben[4] ausgeführt nur Schadenersatz wegen Nichterfüllung des nichterbrachten Teils der Arbeitsleistung gefordert werden kann. Die Voraussetzung der erfolglosen Nachfristsetzung ist für das dynamische Arbeitsgeschehen viel zu schwerfällig und wird deshalb dort wohl kaum praktiziert. Die Interessenwertung, sei es gemäß § 326 Abs. 2 oder sei es für den Fall, daß ausnahmsweise § 326 Abs. 1 Satz 3 entsprechend anzuwenden ist, hat praktisch auf das Interesse des Arbeitgebers an der Fortsetzung des

---

1) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, § 326 Bem. 2 b, S. 305, unter fälschlicher Berufung auf RG 70, 129. Das RGZ, Urt. v. 15.12.1908 - Rep. II. 227/08 = RGZ 70 (1909), 127-132, hat dort auf S. 129 überhaupt keine eigene Meinung ausgedrückt sondern die ebenfalls nicht einschlägige Entscheidung des Berufungsgerichts wiedergegeben. Erst auf S. 130 führt es dann allerdings zu dem gerade umgekehrten Fall aus, daß § 286 Abs. 1 bei einem Vorgehen nach § 326 nur unter den Voraussetzungen des § 326 gelte.

2) Vgl. RGZ, Urt. v. 6.12.1918 - Rep. VII. 211/18 = RGZ 94 (1919), 203 (206)

3) Vgl. oben D IV 1 a, S. 78

4) Vgl. C IV 5 c bb (2), S. 50 f.

Arbeitsverhältnisses abzustellen. Damit liegt insoweit eine Übereinstimmung mit der in § 626 verwendeten Rechtsmethodik vor[1]. Die Fälle des Nichtinteresses werden im laufenden Arbeitsverhältnis allerdings die große Ausnahme bilden. Insgesamt gesehen kommt damit im wesentlichen nur dem § 286 Abs. 1 Bedeutung als Anspruchsgrundlage für Schadenersatz bei Arbeitsverzug zu.

(6) Auf den **Umfang des zu ersetzenden Schadens** kann es zwar im Einzelfall von Einfluß sein, ob es sich um bloßen Verzögerungsschaden (§ 286 Abs. 1), um Schadenersatz wegen (teilweiser) Nichterfüllung (§ 326) oder um Schadenersatz wegen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses (§ 628 Abs. 2) handelt, regelmäßig wird er aber nicht von dem Vorliegen dieser oder jener Anspruchsgrundlage abhängen sondern davon, ob der Arbeitgeber den Schaden im einzelnen darlegen und nachweisen kann. Dabei hat er voll zu beweisen, daß ein Zusammenhang zwischen Schadenseintritt und Arbeitsverzug besteht ("haftungsbegründende Kausalität")[2]. Darüber hinaus kann dann eventuell über § 287 Abs. 1 ZPO ermittelt werden, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist und wie hoch er sich beläuft ("haftungsausfüllende Kausalität")[3]; der Arbeitgeber muß dazu jedoch ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte konkret vortragen und im Falle des Bestreitens beweisen, damit das Gericht überhaupt erst die Grundlagen für eine Schätzung

---

1) Vgl. KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 136 l. Sp. Mitte; ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 Bem. 5 e aa E, S. 1238
2) Vgl. HERGET, DB 1969, S. 2348 unter III 3
3) Vgl. HERGET, a.a.O.

erhält[1]. Bei der Schätzung selbst hat der BGH Großzügigkeit empfohlen[2].

Der Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität ist regelmäßig nur schwer zu erbringen[3]. Schwierigkeiten können insbesondere dann auftreten, wenn der Arbeitsverzug zwar bemerkbar wurde (z.B. der Produktionsablauf ins Stocken geriet), aber der daraus resultierende Schaden überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand zu beziffern ist[4], so daß eine Prozeßführung untunlich wird[5]. Zu diesen schwer nachweisbaren Schäden gehören z.B. der entgangene Gewinn (§ 252) und die Miet- und Wartungskosten für nicht ausgenutzte Maschinen[6]; als entgangener Gewinn zählt auch die Einkommensminderung, die der Arbeitgeber infolge des Arbeitsverzugs erlitten hätte, würde er die anfallende, über zumutbare Eigenarbeit hinausgehende Mehrarbeit nicht selbst erledigt haben[7].

---

1) Vgl. BAG, Urt. v. 14.9.1967 - 5 AZR 101/66 = AP Nr. 1 zu § 252 BGB (Leits. 1 und Gründe unter 2) m. Anm. WEITNAUER; LAG Düsseldorf, 2. Kammer Köln, Urt. v. 19.10.1967 - 2 Sa 354/67 = DB 1968, S. 90; LARENZ, Anm. zu BAG, Urt. v. 24.8.1967 - 5 AZR 59/67 (Arzthelferinnenfall), in AP Nr. 7 zu § 249 BGB, a.E., Bl. 7
2) Vgl. Urt. v. 15.4.1966 - VI ZR 271/64 = JZ 1966, 410 (412 unter 4, Abs. 1 a.E.)
3) Vgl. SCHAUB, DB 1966, 1190 unter 5 a; SAVATIER, ArbuR 1956, S. 7 unter c Abs. 2; LANDMANN-ROHMER-NEUMANN, § 124 b GewO, Bem. 2, S. 1
4) Vgl. HERGET, a.a.O., S. 2346 unter 2 vor a
5) Vgl. SCHAUB, a.a.O.
6) Vgl. SCHAUB, a.a.O.; HERGET, a.a.O., S. 2346 f. unter 2 a und b
7) Vgl. dazu den Arzthelferinnenfall, BAG, Urt. v. 24.8.1967 - 5 AZR 59/67 = AP Nr. 7 zu § 249 BGB, m. Anm. LARENZ. Was dort für den "Arbeitsvertragsbruch" ausgeführt ist, gilt auch für die zusätzliche Arbeit des Arbeitgebers im Falle des Arbeitsverzugs.

Zu den letzter nachweisbaren Schäden rechnen eine im Arbeitsvertrag für den Fall des Arbeitsverzugs vereinbarte Vertragsstrafe[1], oder eine wegen nicht rechtzeitiger Auftragsausführung vom Arbeitgeber an Dritte zu zahlende Konventionalstrafe[2], zusätzliche Aufwendungen für eine Ersatzkraft oder für Überstunden anderer Betriebsangehöriger[3] sowie die Kosten für das Suchen einer neuen Arbeitskraft (Inseratskosten; Faustregel: ein Monatsgehalt als obere Grenze)[4].

(7) Bei allen hier aufgezeigten Schäden ist zu beachten, daß sie bis zum nächstmöglichen ordentlichen Auflösungstermin des Arbeitsverhältnisses - herbeigeführt durch ordentliche Kündigung oder Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses - entstanden sein müssen. Der Schaden beim Arbeitsverzug ist also stets "z e i t l i c h b e g r e n z t"[5]. Das ist nicht unbestritten, aber auch die Gegner der Begrenzung scheinen beim Arbeitsverzug, da es dort um Ansprüche gegen den wirtschaftlich Schwächeren geht, nicht allzu heftig auf ihrer Ansicht zu bestehen. Anders dagegen beim Vergütungsverzug, bei dem

---

1) Vgl. LAG Düsseldorf, Kamm. Köln, Urt. v. 7.9.1967 - 2 Sa 275/67 (Disc-Jockey-Fall) = DB 1968, S. 90 f.; GUMPERT, BB 1955, S. 964 unter C III 2; HERGET, DB 1969, S. 2350 unter 4; SCHAUB, DB 1966, S. 1189 unter 4

2) Vgl. HERGET, a.a.O., S. 2347 unter c, mit fälschlicher Berufung auf GUMPERT, a.a.O., C III 2, der nur die arbeitsvertraglich vereinbarte Vertragsstrafe erwähnt; Vgl. auch LAG Düsseldorf, Urt. v. 19.10.1967, a.a.O. (S. 114, FN 1)

3) Vgl. HERGET, a.a.O., S. 2347 unter d; SCHAUB, a.a.O., S. 1190 unter 5 b; kritisch: WOLFF, ArbuR 1968, 265, r. Sp. unter 2 a

4) Vgl. SCHAUB, a.a.O.; HERGET, a.a.O., S. 2347 f. unter e; WUTTKE, DB 1967, S. 2227 f.; BAG, Urt. v. 18.12.1969 - 2 AZR 80/69 (Architekten-Fall) = AP Nr. 3 zu § 276 BGB Vertragsbruch, m. abl. Anm. von MEDICUS; kritisch: WOLFF, ArbuR 1968, 265, IV 2 b. Bei HERGET, BAG und in der Anm. MEDICUS wird auch ausführlich auf die Problematik der adäquaten Verursachung von Inseratskosten durch den Arbeitnehmer eingegangen.

5) Vgl. WOLFF, ArbuR 1968, S. 263 ff. unter III

Schadenersatzansprüche gegen den wirtschaftlich Stärkeren zu beurteilen sind. Da das Schwergewicht der Meinungsverschiedenheit somit beim Vergütungsverzug liegt, soll nicht hier sondern dort[1] näher auf die Problematik eingegangen werden.

Ein zu ersetzender Schaden liegt auch nur insoweit vor, als es nicht gemäß § 254 Abs. 2 zur Pflicht des Arbeitgebers gehört, den ihm entstandenen Nachteil zu mindern. So weit die Schadensminderungspflicht des Arbeitgebers geht, braucht der im Arbeitsverzug befindliche Arbeitnehmer keinen Ersatz zu leisten[2].

d) Die besonderen Wirkungen des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtarbeit

Beim Arbeitsverzug haben von den oben (C V 4, S. 60 f.) aufgezeigten Wirkungen des Gläubigerverzugs nur die Haftungserleichterung und der Mehraufwendungsersatz Bedeutung.

(1) Die Haftungserleichterung (§ 300 Abs. 1) bedeutet, daß der Arbeitgeber eine infolge leichter Fahrlässigkeit von ihm oder den anderen Arbeitnehmern (§ 278) verursachte Beschäftigungsunmöglichkeit nicht zu vertreten hat, wenn sich der Arbeitnehmer hinsichtlich der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers in Annahmeverzug befindet. Soweit es sich nicht um Sozialschutz handelt, führt somit unter Beachtung der Grund-

---

1) Vgl. unten E IV 2 c (5), S. 130 ff.
2) Vgl. BAG, Urt. v. 24.8.1967 (weitere Angaben wie oben, S. 114, FN 7), Leitsatz 2 und Bl. 3 unter 3 c; WOLFF, a.a.O., S. 265 f. unter IV

sätze über die Betriebsrisikoverteilung der Arbeitsverzug zu einer Ausweitung der Risikosphäre des Arbeitnehmers, die auf seiner Obliegenheitsverletzung (Nichtannahme der angebotenen Beschäftigung, mangelnde Annahmebereitschaft oder Unterlassen einer erforderlichen Mitwirkung) beruht.

(2) Der nach § 304 zu leistende **Mehraufwendungsersatz** kann praktische Bedeutung nur dort erlangen, wo ein Schadenersatz nach §§ 286 Abs. 1, 326 oder 628 Abs. 2 z.B. wegen mangelnder Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers nicht verlangt werden kann, da der Schadenersatz den Mehraufwendungsersatz umfaßt. § 304 ist also subsidiär zu den genannten Bestimmungen. Hinsichtlich des Umfangs des Mehraufwendungsersatzanspruchs entspräche es dem Zweck des § 304 nicht, auch die der Verzugszeit entsprechenden Kosten des Arbeitsplatzes, die gerade bei hoher technischer Spezialisierung beträchtlich sein können, zu den Mehraufwendungen zu zählen. Als zusätzliche Aufwendung für "die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes" ist es aber anzusehen, wenn das Arbeitssubstrat nur durch Zufuhr von Energie in dem für den Produktionsprozeß notwendigen stabilen Zustand gehalten werden kann.

4. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse beim Arbeitsverzug

Beim Arbeitsverzug ist zwischen Schuldner- und Gläubigerverzug des Arbeitnehmers zu unterscheiden. Schuldnerverzug ist dabei die rechtswidrige, vom Arbeitnehmer zu vertretende Verzögerung der Arbeitsleistung. Diese Arbeitsverzögerung kann nicht durch die Begriffe "Nichtleistung"

oder "Arbeitsvertragsbruch" treffend gekennzeichnet werden, da ihnen die Zeitbezogenheit fehlt. Eine Verzögerung der Arbeitsleistung macht diese nicht stets schon unmöglich, vielmehr tritt objektive Unmöglichkeit erst dann ein, wenn die Arbeitsleistung nicht mehr nachholbar ist. Wann das der Fall ist, kann nicht generell sondern nur im Einzelfall entschieden werden. Schuldnerverzug des Arbeitnehmers liegt nicht vor, wenn es sich um Sozialschutzfälle handelt. Davon abgesehen greifen die Schuldnerverzugsregeln stets bei vorübergehendem anfänglichem Unvermögen ein. Diese vorübergehende Form setzt aber ebenfalls die Nachholbarkeit der Arbeitsleistung voraus. Um eine PVV und nicht um Schuldnerverzug handelt es sich bei Schlechtarbeit. Ob Nichtarbeit oder Schlechtarbeit vorliegt, muß vom Arbeitsergebnis her beurteilt werden. Ist zumindest ein brauchbarer Teil des erwarteten Arbeitsergebnisses hergestellt, handelt es sich um Schlechtarbeit. Durch eine vertragliche oder gesetzliche Arbeitsbefreiung wird der Arbeitsverzug ebenso gerechtfertigt wie durch ein dem Arbeitnehmer zustehendes Zurückbehaltungsrecht. Ein rechtswidriger Streik führt stets auch die Rechtswidrigkeit der durch ihn bedingten Arbeitsverzögerung herbei. Der Arbeitnehmer hat zu beweisen, daß ihn am Schuldnerverzug mit der Arbeitsleistung kein Verschulden trifft. Steht sein Verhalten im Widerspruch zu evidenten Rechtssätzen oder zu einer bereits erlassenen höchstrichterlichen Entscheidung, so ist ein eventueller Rechtsirrtum stets vermeidbar.

Die praktische Bedeutung des Gläubigerverzugs des Arbeitnehmers beim Arbeitsverzug ist gering. Es handelt sich dabei um die vom Arbeitnehmer verursachte rechtswidrige Verzögerung der Beschäftigungspflicht. Dabei ist ein Beschäftigungsangebot des Arbeitgebers stets in der Offen-

haltung des Betriebes und der Bereitstellung der Arbeitsmittel zu sehen. Für die Rechtswidrigkeit dieser Form des Beschäftigungsverzugs gilt dasselbe wie beim Schuldnerverzug, da dasselbe Verhalten des Arbeitnehmers insoweit nur einheitlich beurteilt werden kann.

Infolge des Arbeitsverzugs entstehen verschiedene Rechte des Arbeitgebers. Eine Möglichkeit, sich durch fristlose Entlassung vom Arbeitsvertrag zu lösen, besteht nur, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Voraussetzungen für einen wichtigen Grund sind heute in § 626 Abs. 1 angeführt. Der bloße Arbeitsverzug ist aber nur in Ausnahmefällen, insbesondere wenn er einen schweren Vertragsverstoß bedeutet, als wichtiger Grund anzusehen. Das wichtigste Weigerungsrecht ist das Recht des Arbeitgebers zur Einbehaltung der Vergütung. Diese kommt jedoch wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 320 Abs. 2) nur in Betracht, wenn im Verhältnis zur Lohnzahlungsperiode eine nicht lediglich geringfügige Zeit der Arbeit versäumt wurde, wie z.B. bei häufigem Zuspätkommen. Eine strafweise Aussperrung ist bei Arbeitsverzug nicht gerechtfertigt. Der Arbeitsverzug bewirkt in erster Linie auch das Entstehen von Schadenersatzansprüchen des Arbeitgebers. Bedeutsamste Anspruchsgrundlage ist § 286 Abs. 1, es sind aber auch Schadenersatzansprüche nach § 326 oder § 628 Abs. 2 denkbar, wobei § 628 Abs. 2 nicht durch § 326 verdrängt wird sondern diesen für den Fall, daß der Arbeitsvertrag wegen des Arbeitsverzugs berechtigterweise fristlos gekündigt wurde, ergänzt. Hinsichtlich des Schadensumfangs hat der Arbeitgeber die haftungsbegründende Kausalität voll zu beweisen; auch für die haftungsausfüllende Kausalität muß er ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte vortragen und bei Bestreiten beweisen. Dabei entstehen hauptsächlich dann

Schwierigkeiten, wenn der aus dem Arbeitsverzug resultierende Schaden überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand zu beziffern ist. Die Ersatzpflicht des Arbeitnehmers ist auf den bis zum nächstmöglichen ordentlichen Auflösungstermin des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schaden zeitlich begrenzt.

IV. Der Vergütungsverzug

1. Der Tatbestand des Vergütungsverzugs

(1) Vergütungsverzug ist nach obiger Definition[1] die rechtswidrige, vom Arbeitgeber zu vertretende Nichtleistung der Vergütung. Dabei ist die Vergütung im weitesten Sinn gemeint, es sollen also sowohl der Geldlohn einschließlich seiner besonderen Formen (Prämie, Provision, Tantieme, Gratifikation)[2] als auch die Naturalvergütung (Deputat, Kost und Wohnung) erfaßt sein. Abgesehen davon, daß heute der Geldlohn die regelmäßige Form der Vergütung ist[3], bietet aber die Naturalvergütung hinsichtlich des Vergütungsverzugs auch keine Besonderheiten, so daß im folgenden nur der Verzug hinsichtlich der Geldvergütung behandelt werden soll.

---

1) Vgl. oben C IV 1, S. 37
2) Nicht zur Vergütung gehört die Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG, sie ist vielmehr eine arbeitgeberische Leistung eigener Art, vgl. BAG, Urt. v. 13.5.1969 - 5 AZR 309/68 = NJW 1969, S. 1735 Nr. 28
3) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 41 I 2 a.E., S. 295

(2) Bei der Geldvergütung kann der Begriff des Vergütungsverzugs rein äußerlich kürzer, dem Gehalt nach aber weitergehender gefaßt werden, wenn man das oben[1] herausgestellte Verhältnis von Schuldnerverzug und Geldschuld heranzieht. Damit handelt es sich stets um Vergütungsverzug, wenn d i e G e l d v e r g ü t u n g r e c h t s w i d r i g n i c h t g e z a h l t wird. Bedeutungslos ist dabei, warum (Unmöglichkeit, Unvermögen, Verzug) die Zahlung nicht erfolgt. Auch auf ein Verschulden des Arbeitgebers kommt es nicht an.

(3) Gewicht liegt beim Vergütungsverzug auf dem Zeitpunkt der F ä l l i g k e i t , der i.d.R. durch Vereinbarung bestimmt ist[2]. Fehlt eine solche, können sich im Einzelfall Schwierigkeiten ergeben, wenn Arbeitszeit und Öffnungszeit der Betriebskasse völlig auseinanderfallen. So hatte das Arbeitsgericht Berlin[3] zu entscheiden, ob ein bei den Alliierten Behörden beschäftigter Heizer, der regelmäßig in Nachtschichten bis 6 Uhr früh arbeitete, Anspruch auf Vergütung der Wartezeit von jeweils drei Stunden hatte, die er an Zahltagen bis zur Öffnung der Kasse um 9 Uhr verbringen mußte. Das Arbeitsgericht verneinte diese Frage, da ein allgemeiner Grundsatz, wonach ein Arbeitgeber auch solche Zeiten vergüten müsse, nicht existiere, und eine Entschädigung für den eventuellen immateriellen Schaden nach § 253 regelmäßig ausgeschlossen sei. Diese Ausführungen überzeugen im letzten Teil nicht. Ausgangspunkt für einen Schadenersatzanspruch des Heizers ist § 286 Abs. 1, der nicht pauschal mit einem Hinweis auf § 253 abgetan werden kann,

---

1) C IV 4, S. 47
2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 40 IV 1, S. 285
3) Urt. v. 27.10.1960 - 18 Ca 33/60 = Entscheidungskalender 1961, Teil 1, S. 43-46 (gek.)

nachdem sich mehr und mehr Stimmen[1] für eine "Kommerzialisierung" der Freizeit aussprechen. Der Arbeitgeber des Heizers kam gemäß §§ 614, 284 Abs. 2, 271 durch die Nichtzahlung des Lohnes um 6 Uhr früh in Vergütungsverzug. Daran wird auch nichts dadurch geändert, daß man die Lohnschuld regelmäßig als Holschuld und nur bei Unzumutbarkeit der Abholung als Schickschuld behandelt[2], und zwar schon deshalb nicht, weil diese Unterscheidung der Klärung des Leistungsortes, nicht aber zur Bestimmung der Leistungszeit dient. Darüber hinaus dürfte es dem Arbeitgeber eher zuzumuten sein, den Lohn bereits am Abend vorher auszuzahlen[3], als daß es für den Arbeitnehmer zumutbar wäre, jeweils drei Stunden auf die Lohnauszahlung zu warten. Dem Heizer hätte damit Schadenersatz für die vergeudete Freizeit in Höhe seines üblichen Stundenlohnes zugesprochen werden müssen[4].

(4) Die R e c h t s w i d r i g k e i t des Vergütungsverzugs wird durch die verzögerte Nichtleistung indiziert, beim Geldvergütungsverzug durch die Nichtzahlung als solche. Erwähnenswerte Rechtfertigungsgründe sind die gesetzliche oder vertragliche[5] Lohnzahlungsbefreiung, die sich in den Pfändungsgrenzen haltende Aufrechnung

---

1) Vgl. MAMMEY, NJW 1969, 1150 (1152); SCHULZ, DB 1968, 745 ff.; HELDRICH, NJW 1967, 1737; OLG Frankfurt, Urt. v. 17.2.1967 - 10 U 115/66 = NJW 1967, 1372 f.
2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 40 V 1, S. 287
3) Das beweist auch der Schlußteil des Berliner Urteils a.a.O., S. 46, wo es heißt, die durch unbefriedigende Organisation bedingten Wartezeiten seien inzwischen durch entsprechende Maßnahmen fortgefallen.
4) Der Kommerzialisierungstheorie wird hier zugestimmt, eine Vertiefung geht aber über den Rahmen der Arbeit hinaus.
5) Zur vertraglichen Befreiung gehören "Lohneinbehaltung" und "Lohnverwirkung", vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 45 VI und VII, S. 375 ff.

(§ 394), die Lohnzurückbehaltung[1] und die rechtmäßige Angriffsaussperrung[2]. Auch der Streik rechtfertigt die Nichtzahlung der Vergütung, dagegen hat eine rechtmäßige Abwehraussperrung als Rechtfertigungsgrund nur dort Bedeutung, wo sie die bisher nicht streikenden Arbeitnehmer trifft. Aus dem Betriebsverfassungsgesetz ergeben sich im Gegensatz zum Arbeitsverzug für den Vergütungsverzug keine Rechtfertigungsgründe, wie sich besonders an den §§ 37 Abs. 2 und 43 Abs. 1 Satz 2 BetrVG zeigt[3].

2. Die Rechtsfolgen des Vergütungsverzugs (Arbeitnehmerrechte)

a) Das Lösungsrecht

Entsprechend den beim Arbeitsverzug[4] gemachten Ausführungen kommt beim Vergütungsverzug für den Arbeitnehmer nicht der Rücktritt nach § 326 Abs. 1 Satz 2 sondern nur die außerordentliche Kündigung nach § 626 in Betracht. Es wird behauptet, Nichtzahlung des Lohnes sei stets ein wichtiger Grund i.S. § 626, da der Lohn die materielle Existenzgrundlage des Arbeitnehmers darstelle[5]. Das ist zu allgemein, vielmehr ist auch hier stets unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit abzuwägen. So ist z.B. eine fristlose Kündigung grundsätzlich nicht begründet, wenn

---

1) Zu Aufrechnung und Lohnzurückbehaltung vgl. HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., § 45 IV und V, S. 372 ff.
2) Auf lösende oder suspendierende Wirkung der Aussperrung kommt es dabei nicht an. Dazu vgl. jetzt BAG, Vorlagebeschluß an den GS v. 3.9.1968 - 1 AZR 113/68 = AP Nr. 39 zu Art. 9 GG Arbeitskampf m. Anm. NIPPERDEY-SÄCKER; REUSS, ArbuR 1969, 129 ff.; RÜTHERS, DB 1969, 967 ff.; RICHARDI, RdA 1970, 65 ff.
3) Vgl. auch NEUMANN-DUESBERG, RdA 1968, S. 443 unter III 1 b, S. 444 unter III 2 b, S. 445 unter IV 2
4) Vgl. oben E III 3 a, S. 105 ff.
5) Vgl. KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 137 unter 2 a; IG BERGBAU, GewerkRdsch. 1969, 401 r. Sp. oben, vorletzter Abs. (tendenziös)

im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung ein Vergütungsrückstand nicht mehr besteht[1]. Ausnahmsweise ist ein wichtiger Grund jedoch dann gegeben, wenn der Arbeitgeber immer wieder jeden Monat erhebliche Zeit in Verzug gerät; dann bleibt der wichtige Grund bestehen, auch wenn bei Kündigungsausspruch gerade kein Rückstand vorhanden ist[2]. Im Falle wiederholter nur um wenige Tage verspäteter Zahlung kann es von einem schon jahrelang bei dem betreffenden Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer auch treuwidrig sein, wenn er trotz eines entstandenen Vertrauensverhältnisses fristlos kündigt[3]. Ebenso wenig können Arbeitnehmer, deren Vergütung vom Arbeitserfolg abhängt (Akkord, Provision usw.), bei vom Arbeitgeber verursachtem Rückgang der Bezüge stets fristlos kündigen. So ist zwar ein Provisionsreisender, dessen Lebensunterhalt dadurch gefährdet wird, daß veränderte Werbungsmethoden des Arbeitgebers den Rückgang des Provisionsverdienstes bewirken, zur fristlosen Kündigung berechtigt, die Kündigung ist jedoch unwirksam, wenn der Reisende nicht vorher beim Arbeitgeber zum Zwecke der Vertragsänderung (Einräumung von Festgehalt oder Erhöhung der Provision) vorstellig wurde[4]. Ein allgemein gültiger Satz, wonach Vergütungsverzug stets als wichtiger Grund i.S. § 626 gilt, existiert daher nicht. Entsprechend der Definition in dieser Bestimmung ist somit auch beim Vergütungsverzug auf die Umstände des Einzelfalls und die Interessenlage abzustellen.

---

1) Vgl. LAG Baden-Württemberg, Außenkamm. Stuttgart, Urt. v. 5.11.1959 - IV Sa 82/59 = WA 1960, S. 130, Nr. 240 mit Ls. I
2) Vgl. LAG Baden-Württemberg, a.a.O., mit Ls. II
3) Vgl. ArbG Kaiserslautern, Urt. v. 6.4.1960 - 2 Ca 259/60 = WA 1960, S. 125, Nr. 228
4) Vgl. LAG Baden-Württemberg/Stuttgart, Urt. v. 24.7. 1969 - 4 Sa 42/69 = BB 1969, S. 1312, Ls. 1

b) Das Weigerungsrecht

(1) Ist der Arbeitgeber mit der Vergütung ausnahmsweise vorleistungspflichtig, so hat der Arbeitnehmer beim Vergütungsverzug ein A r b e i t s v e r w e i g e r u n g s r e c h t nach § 320, ohne daß der Arbeitgeber die Ausübung dieses Rechts durch Sicherheitsleistung abwenden könnte (§ 320 Abs. 1 Satz 3). Regelmäßig ist jedoch der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig (§ 614), so daß wegen der mangelnden synallagmatischen Verknüpfung zwischen rückständigem Lohn und zukünftiger Arbeitsleistung[1] § 320 nicht anwendbar ist und sich das Arbeitsverweigerungsrecht dann nur nach § 273 beurteilt. Im Regelfall ist also die Abwendung des Arbeitsverweigerungsrechts durch Sicherheitsleistung möglich (§ 273 Abs. 3). Aber auch hier muß der sich aus Treu und Glauben ergebende Rechtsgedanke des § 320 Abs. 2 zum Tragen kommen, so daß ein Arbeitsverweigerungsrecht auch nach § 273 dann nicht besteht, wenn es sich nur um einen geringfügigen Lohnrückstand handelt[2] oder eine verhältnismäßig nicht erhebliche Verzögerung vorliegt[3]. Darüber hinaus will NIKISCH[4] das Arbeitsverweigerungsrecht auch dann versagen, wenn mißliche Umstände dem Arbeitgeber trotz redlicher Bemühungen die pünktliche Lohnzahlung unmöglich machen; dann komme das Zurückbehaltungsrecht nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber schuldhaft mit der Lohnzahlung erheblich im Rückstand sei. Eine derartige Beschränkung des Arbeits-

---

1) Vgl. dazu die Ausführungen oben E III 1 c bb, S. 99
2) Vgl. LAG Hamm, Urt. v. 5.11.1952 - 3 Sa 428/52 = AP 1953, Nr. 117, Leits. 2 und S. 484 Mitte, mit Anm. Alfred HUECK (S. 488 f.); STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 135, S. 1294 f.; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 34 V, S. 222 mit FN 46; NIKISCH I, § 29 X, S. 375
3) Vgl. NIKISCH I, a.a.O.
4) a.a.O.

verweigerungsrechts auf schuldhafte Nichtzahlung steht aber im Widerspruch zu der hinsichtlich der Geldvergütung bestehenden Garantiehaftung des Arbeitgebers[1]. So weitgehend kann das Arbeitsverweigerungsrecht daher nicht eingeschränkt werden. In Ausnahmefällen mag allerdings die arbeitnehmerische Treuepflicht zu einer Einschränkung führen[2].

(2) Um bei einem auf Grund des Vergütungsverzugs bestehenden Arbeitsverweigerungsrecht zum Lohnanspruch trotz Nichtarbeit oder zur Befreiung von der Arbeitspflicht zu kommen, werden üblicherweise die Bestimmungen der §§ 615, 298 zitiert[3]. Da § 298 Gegenseitigkeit erfordert, kommt man über diese Bestimmung nur im Ausnahmefall der vereinbarten Vorleistungspflicht des Arbeitgebers zum Annahmeverzug. Für die Regel der Verweigerung von (zukünftiger) Arbeit wegen rückständiger Vergütung geben die genannten Vorschriften aber nichts her. Darüber hinaus wäre es auch zu konstruiert, wollte man über eine durch Nichtzahlung bedingte Nichtannahme usw. zum Annahmeverzug gelangen. Ganz abgesehen davon ist auch schlecht vorstellbar, wie das Arbeitsangebot des Arbeitnehmers, der doch gar nicht arbeiten will, beschaffen sein soll.

Um in diesem Fall zu einem Lohnanspruch trotz Nichtarbeit und dementsprechender Befreiung von der Arbeitspflicht zu kommen, bedarf es der §§ 298, 615 jedoch überhaupt

---

1) Vgl. oben E IV 1 (2), S. 121
2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 34 V FN 46 Abs. 2, S. 222; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Bem. 135, S. 1295
3) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 34 V a.E., S. 222, m.w.N. in FN 47; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, a.a.O.; Hinweis bei NIKISCH I, § 29 X in FN 234, S. 375

nicht. Wenn sich beides nicht bereits ausdrücklich aus dem Arbeitsvertrag oder dem Tarifvertrag[1] ergibt, so resultieren sowohl die Befreiung von der Arbeitspflicht als auch der Lohnanspruch trotz Nichtarbeit aus der Zubilligung des Zurückbehaltungsrechts als solchem. Es wäre widersinnig, wenn man dem Arbeitnehmer beim Vergütungsverzug zwar ein Arbeitsverweigerungsrecht gewähren wollte, ihm dieses Recht aber sofort dadurch wieder entzöge, daß man seine Arbeitspflicht fortbestehen lassen würde. Ebenso wäre das Arbeitsverweigerungsrecht praktisch ausgehöhlt, würde man dem Arbeitnehmer für die Zeit berechtigter Arbeitsverweigerung den Vergütungsanspruch versagen. Denn die Vergütung ist regelmäßig die materielle Existenzgrundlage des Arbeitnehmers, und eine Versagung des Lohnanspruchs müßte somit zwangsläufig dazu führen, daß es praktisch nie zur Ausübung des Arbeitsverweigerungsrechts kommen könnte. Ein derartiges Gewähren von Steinen statt Brot dürfte kaum im Sinne des Gesetzes sein und käme einem gesetzgeberischen venire contra factum proprium gleich. Es ist deshalb davon auszugehen, daß Befreiung von der Arbeitspflicht und Fortbestand des Lohnzahlungsanspruchs dem Zurückbehaltungsrecht immanent sind, so daß es auf einen Annahmeverzug des Arbeitgebers (§§ 298, 615) nicht ankommt[2].

c) Die Ersatzrechte

(1) Die auf Grund des Vergütungsverzugs für den Arbeitnehmer in Betracht kommenden A n s p r u c h s g r u n d -

---

1) Vgl. dazu z.B. BAG, Urt. v. 12.10.1967 - 5 AZR 125/67 = Blätter f. SteuerR, SozVsg und ArbR 1968, S. 95 1. Sp., 3. Entschdg. von oben

2) Im Ergebnis ebenso: NIKISCH I, § 29 X, S. 375 FN 234; der dort zur Begründung einzig und allein geprägte Satz: "Aber solange das Arbeitsverhältnis aufrechterhalten wird, kommt ein Annahmeverzug nicht in Betracht" hat allerdings bloß deklaratorischen Wert.

l a g e n hinsichtlich des zu ersetzenden Schadens entsprechen prinzipiell den beim Arbeitsverzug dem Arbeitgeber zur Verfügung stehenden Bestimmungen[1]. Es handelt sich damit auch hier um die §§ 628 Abs. 2, 326 und 286 Abs. 1. Die oben[2] zum Verhältnis des § 628 Abs. 2 zu § 326 gebrachten Ausführungen gelten hier sinngemäß, so daß der Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen Vergütungsverzugs nach § 628 Abs. 2 nicht einen entsprechenden Anspruch aus § 326 ersetzt. Der Arbeitnehmer hat somit bei möglicher Kündigung nach § 626 die Wahl, zu kündigen und nach § 628 Abs. 2 den Ersatz des durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehenden (also zukünftigen!) Schadens zu verlangen oder am Vertrage festzuhalten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 zu fordern.

(2) § 628 Abs. 2 hat zur Voraussetzung, daß die von § 626 gedeckte Kündigung des Arbeitnehmers durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers veranlaßt wird. Unter vertragswidrigem Verhalten wird zwar i.d.R. nur eine schuldhafte Vertragsverletzung verstanden[3], der G e l d v e r g ü t u n g s v e r z u g ist aber stets als vertragswidriges Verhalten anzusehen, da es insoweit auf Verschulden des Arbeitgebers nicht ankommt. Beim Geldvergütungsverzug, wenn er einen wichtigen Kündigungsgrund darstellt, ist also stets ein Vorgehen nach § 628 Abs. 2 möglich[4].

---

1) Vgl. oben E III 3 c (2), S. 109 f.
2) a.a.O. unter (4), S. 110 f.
3) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 68 II 1, S. 713
4) Das muß bei anderen wichtigen Gründen nicht immer so sein, wie das Beispiel des Arbeitgebers zeigt, der den Arbeitnehmer schuldlos des Diebstahls bezichtigt, vgl. HUECK-NIPPERDEY, a.a.O. dort FN 13.

(3) Kann oder will der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht gemäß § 626 lösen, hat er die Möglichkeit, entweder Erfüllung der Vergütungspflicht und daneben nach § 286 Abs. 1 Ersatz des Verzögerungsschadens zu verlangen, oder er kann nach § 326 Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. Entsprechend wie beim Arbeitsverzug[1] kann auch hier beides nicht nebeneinander geltend gemacht werden. Die einzig bedeutsame Möglichkeit wird hier ebenfalls durch § 286 Abs. 1 geboten, da § 326 mit der Nachfristsetzung eine zusätzliche Anforderung für die praktisch gleiche Rechtsfolge stellt und der Interessewegfall (§ 326 Abs. 2 bzw. § 326 Abs. 1 Satz 3 analog) kaum jemals praktisch wird, weil an der Vergütung immer Interesse besteht.

(4) D i e H ö h e d e s vom Arbeitgeber z u e r s e t z e n d e n S c h a d e n s wird regelmäßig der rückständigen Vergütung entsprechen[2]. Insoweit genießt der Schadenersatzanspruch auch Pfändungsschutz und ist hinsichtlich der Verjährung wie ein Lohnanspruch zu behandeln, da er wirtschaftlich dem gleichen Zweck dient[3]. All das gilt unabhängig davon, ob der Anspruch aus § 628 Abs. 2 oder § 326 geltend gemacht wird. Bei § 286 Abs. 1 dagegen kann es sich nie um den Lohnanspruch handeln, da dieser neben dem dort beanspruchten bloßen Verzögerungsschaden bestehen bleibt.

Denkbar ist, daß dieser bloße Verzögerungsschaden, der vom Ersatzanspruch nach § 326 und im Endeffekt praktisch auch von § 628 Abs. 2 umfaßt wird, z.B. in Finanzierungskosten für ein dem rückständigen Lohn entsprechendes Dar-

---

1) Vgl. oben E III 3 c (5), S. 111 f.
2) Vgl. KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 137 unter 2 a, Abs. 2 a.E.
3) Vgl. für den Anspruch aus § 628 Abs. 2: HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 68 FN 19, S. 715; NIKISCH I, § 54 II 3, S. 855; beide m.w.N.

lehen bestehen kann. Insoweit trifft aber den Arbeitnehmer die volle Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität; für die haftungsausfüllende Kausalität sind die beim Arbeitsverzug erörterten Grundsätze[1] sinngemäß zu übertragen.

Die Höhe des zu ersetzenden Schadens kann durch Mitverschulden des Arbeitnehmers (§ 254 Abs. 1) oder durch Verletzung der Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2) beeinflußt werden. Es herrscht heute Einigkeit darüber, daß es für die Anrechnung einer vom Arbeitnehmer anderweitig erzielbaren Vergütung nicht auf Böswilligkeit i.S. §§ 615 Satz 2, 324 Abs. 1 Satz 2 ankommt, da es sich hier um einen Schadenersatzanspruch und nicht um einen Vergütungs- bzw. Erfüllungsanspruch handelt[2].

(5) Bestritten ist aber, ob der Umfang der Schadenersatzpflicht z e i t l i c h b e g r e n z t ist. Zum Teil wird vertreten, die Schadenersatzpflicht werde nicht durch die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung oder durch den Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses begrenzt sondern sei grundsätzlich "unbegrenzt" und es komme darauf an, ob bei fehlendem Vergütungsverzug[3] überhaupt eine Auflösung in Frage gekommen wäre[4]. Die

---

1) Vgl. oben E III 3 c (6), S. 113 f.
2) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 628 Bem. 50 und 52, S. 1613 f.; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 68 FN 18, S. 714; NIKISCH I, § 54 II 2 mit FN 14, S. 855
3) Normalerweise findet sich hier das Wort "Vertragsbruch" oder im Rahmen des § 628 Abs. 2 auch bloß der Ausdruck "Verschulden". Die Beschränkung auf den Vergütungsverzug verfälscht den Kern dieser Meinung jedoch nicht.
4) So: STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 628 Bem. 48, S. 1613; KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 137 bei FN 56; früher auch BAG, Urt. v. 17.12.1958 - 1 AZR 349/57 = AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht, Bl. 3 Rückseite oben, ohne Begründung, mit Hinweis auf STAUDINGER, a.a.O.

h.M.[1] begrenzt die Ersatzpflicht auf den Schaden, der bis zum nächstzulässigen oder nächstmöglichen Auflösungstermin des Arbeitsverhältnisses entsteht. Dabei wird die Frage, ob die Auflösung vom geschädigten Teil herbeigeführt worden wäre, nur in der Weise (hypothetisch) gestellt, ob die Auflösung zu diesem Termin rechtlich möglich gewesen wäre, ob also insbesondere nicht Kündigungsbeschränkungen wie z.B. nach dem Mutterschutzgesetz, bei Betriebsratsmitgliedern, bei Erforderlichkeit behördlicher Zustimmung (§ 14 SchwerbeschG) oder bei Sozialwidrigkeit (§ 1 KSchG) einer Auflösung entgegengestanden hätten. Abgesehen davon, daß die erste Ansicht nirgends triftig begründet wird und sich auf deklaratorische Äußerungen beschränkt, ist der zweiten Meinung auch aus folgenden Gründen[2] zuzustimmen: Bei einem Arbeitsverhältnis sind wie bei jedem Dauerschuldverhältnis die Leistungspflichten nicht von ewiger Dauer, sondern jeder Teil hat die Möglichkeit, seiner Verpflichtung durch die mögliche Kündigung ein absehbares Ende zu setzen. Auf eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über eine ordnungsgemäße und zulässige Beendigung hinaus hat niemand einen Anspruch[3], so daß das Erfüllungsinteresse jeweils nur den Zeitpunkt bis zur Möglichkeit der ordnungsgemäßen Beendigung des Arbeitsverhältnisses umfaßt. Wird von einer Kündigungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht, so wird das Vertragsinteresse nur bis zur nächstmöglichen Auflösung "erweitert". Jede andere Betrachtungswei-

---

1) Vertreten u.a. von: BAG, Urt. v. 24.8.1967 - 5 AZR 59/67 = AP Nr. 7 zu § 249 BGB, Bl. 2 unter 2, a. Anf. (Arzthelferinnen-Fall); Alfred HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 68 II 2, S. 714; NIKISCH I, § 54 II 1, Abs. 2, S. 854; WOLFF, ArbuR 1968, S. 263 f. unter III, m.w.N. zu beiden Ansichten auf S. 262 in FN 1 und 2

2) Diese werden z.T. schon bei WOLFF a.a.O. angeführt

3) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 68 FN 14, S. 714

se gibt dem mit der Kündigungsmöglichkeit ausgestatteten Arbeitsverhältnis einen anderen Umfang, da die Annahme einer Fortdauer über die an sich mögliche Auflösung hinaus beim ohnehin schon gestörten Arbeitsverhältnis eine reine Fiktion wäre. Mittelbar ergibt sich die zeitliche Begrenzung auch noch aus dem an sich nur für die Schadensberechnung geltenden Grundsatz des § 252, wonach nur diejenige Vermögenslage herzustellen ist, die "nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ... mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte". Gerade beim gestörten Arbeitsverhältnis gehört aber die aus der Beachtung der Kündigungsmöglichkeit folgende zeitliche Begrenzung zum gewöhnlichen Verlauf der Dinge.
Es ist somit davon auszugehen, daß nur der bis zum nächsten ordnungsgemäßen Auflösungstermin entstehende Schaden zu ersetzen ist.

3. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse beim Vergütungsverzug

Vergütungsverzug i.w.S. ist die rechtswidrige, vom Arbeitgeber zu vertretende Nichtleistung der Vergütung. Um Geldvergütungsverzug handelt es sich dagegen stets schon dann, wenn die Geldvergütung rechtswidrig nicht gezahlt wird. Allein entscheidend ist dabei die Nichtzahlung bei Fälligkeit, ohne daß es dabei auf die Ursachen der Nichtzahlung oder ein Verschulden des Arbeitgebers ankommt. Gerechtfertigt sein kann die Nichtzahlung aber durch Eingreifen von Rechtfertigungsgründen wie z.B. gesetzliche oder vertragliche Lohnzahlungsbefreiung, berechtigte Lohnzurückbehaltung oder rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen, so daß insoweit die Wirkungen des Vergütungsverzugs nicht ausgelöst werden.

Der Vergütungsverzug löst zugunsten des Arbeitnehmers verschiedene Rechte aus. Auch hier ist eine Lösung vom Vertrag nur durch fristlose Kündigung und nur dann möglich, wenn der Vergütungsverzug für den Arbeitnehmer einen wichtigen Grund darstellt. Dies ist nicht stets der Fall, sondern unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit abzuwägen. Beim Geldvergütungsverzug steht dem Arbeitnehmer auch ein Arbeitsverweigerungsrecht gem. § 273 zu; dieses Recht beruht ausnahmsweise auf § 320, wenn die Vergütung vorgeleistet werden muß. Bei geringfügigen Rückständen oder verhältnismäßig nicht erheblicher Verzögerung besteht das Arbeitsverweigerungsrecht aber nicht. Besteht das Arbeitsverweigerungsrecht, so ist der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht befreit und behält auch trotz Nichtarbeit den Vergütungsanspruch. Das ergibt sich aus der Zubilligung des Arbeitsverweigerungsrechts als solchem, ohne daß es einer auf §§ 298, 615 gestützten Begründung bedürfte. Rechtsgrundlagen für Schadenersatzansprüche des Arbeitnehmers sind auch hier die §§ 628 Abs. 2, 326 und 286 Abs. 1. Dem § 628 Abs. 2 kommt hier aber größere Bedeutung zu als beim Arbeitsverzug, da Geldvergütungsverzug eher einen wichtigen Grund beinhaltet und stets als vertragswidriges Verhalten anzusehen ist. Sieht der Arbeitnehmer von fristloser Kündigung ab oder fehlt dazu der wichtige Grund, so bleibt praktisch bedeutsam auch hier nur § 286 Abs. 1. Die Schadenshöhe entspricht i.d.R. der rückständigen Vergütung. Die Beweisanforderungen beim Arbeitsverzug gelten hier sinngemäß. Mitverschulden und verletzte Schadensminderungspflicht des Arbeitnehmers können zur Minderung des Ersatzanspruchs führen. Der Ersatzanspruch ist auf den bis zum nächsten ordnungsgemäßen Auflösungstermin des Vertrages entstehenden Schaden begrenzt.

V. Der Beschäftigungsverzug

Vom Lebenssachverhalt her gesehen handelt es sich um Beschäftigungsverzug, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vorübergehend nicht beschäftigt. Mit dem System des BGB zerfällt dieser Sachverhalt in den Tatbestand des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung (unten 1) und den Tatbestand des Schuldnerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung (unten 2). Sind diese Tatbestände erfüllt, stehen dem Arbeitnehmer bestimmte Rechte zu (unten 3).

Wenn man sich - was bisher viel zu wenig geschehen ist - verdeutlicht, daß die Beschäftigungspflicht eine Leistungspflicht ist und daß beim Beschäftigungsverzug der Arbeitgeber somit schadenersatzpflichtig werden kann, so tauchen doch Zweifel auf, welche der beiden soeben genannten Verzugsformen den Vorzug verdient. Für den Schuldnerverzug spricht, daß er Schadenersatzpflichten auslöst, daß er also hinsichtlich der Ersatzrechte weitergehender sein kann als der Gläubigerverzug, bei dem praktisch nur der Vergütungsanspruch in dieser Hinsicht[1)] Bedeutung hat (§ 615). Der Gläubigerverzug hat außer einer wesentlich umfangreicheren Behandlung in Literatur und Rechtsprechung für sich, daß er den Vergütungsanspruch (§ 615) unabhängig vom Verschulden des Arbeitgebers gewährt; er führt somit praktisch zu einer Garantiehaftung des Arbeitgebers und ist für den Arbeitnehmer der wesentlich einfachere und bequemere Weg. Aus allen diesen Gründen soll deshalb der Gläubigerverzug zuerst behandelt werden.

---

1) Damit soll aber nicht gesagt sein, daß es sich bei § 615 um einen Ersatzanspruch handelt.

1. Der Tatbestand des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung

a) Die allgemeinen Voraussetzungen dieses Tatbestands und die Bedeutung der einzelnen Tatbestandselemente

Mit der oben[1] gegebenen Begriffsbestimmung erfaßt dieser Tatbestand die auf dem Verhalten des Arbeitgebers beruhende rechtswidrige Verzögerung der Arbeitsleistung. Diese Definition beruht auf der Obliegenheit des Arbeitgebers, die vom Arbeitnehmer geschuldete Erfüllung der Arbeitspflicht nicht zu stören, wobei es auf ein Verschulden des Arbeitgebers nicht ankommt. Wenn dieser Tatbestand in Betracht kommt, bedarf es nicht eines Zurückgreifens auf arbeitgeberische Treue- oder Fürsorgepflichten[2], die nur bei verschuldeter Verletzung Rechte des Arbeitnehmers auslösen können.

Einige Elemente dieser Unterart des Beschäftigungsverzugs sind direkt der eben gegebenen Begriffsbestimmung zu entnehmen, andere liegen schon in deren Vorfeld. Unter Heranziehung der oben[3] aufgezeigten allgemeinen Gläubigerverzugselemente ergeben sich außer der Rechtswidrigkeit für den Gläubigerverzug bei vorübergehender Nichtbeschäftigung folgende Voraussetzungen:

Auf seiten des Arbeitnehmers:

- die Arbeitsberechtigung, d.h. das Bestehen einer fälligen Arbeitspflicht[4],

---

1) C V 1, S. 52
2) Anders scheinbar NIKISCH, RdA 1967, 243 r. Sp. oben
3) C V 1, S. 52 f.
4) Charakteristisch für fehlende Arbeitsberechtigung: der "Rosenmontagsfall", BAG, Urt. v. 8.10.1959 - 2 AZR 503/56 = BAG 8 (1960), 144 (150 unter 2 vor a)

- die Arbeitsmöglichkeit,
- die Arbeitsbereitschaft (natürlich nur in der Bedeutung des Arbeitenwollens) und
- das Arbeitsangebot;

auf seiten des Arbeitgebers:

- die Nichtannahme der Arbeit oder
- das Nichtanbieten der verlangten Vergütung.

Schwierigkeiten ergeben sich praktisch nur bei den durch Sperrschrift hervorgehobenen Punkten. Die übrigen werden kaum jemals Bedeutung erlangen; das gilt insbesondere für den auf § 298 beruhenden letzten Punkt, da diese Bestimmung nur bei ausnahmsweise vereinbarter Vorleistungspflicht des Arbeitgebers hinsichtlich der Vergütung zum Tragen kommt und ansonsten zwischen angebotener zukünftiger Arbeitsleistung und regelmäßig nachträglich (§ 614) fälliger Vergütung keine Gegenseitigkeit besteht[1]. Eine besondere Erörterung erfordern daher nur die Arbeitsmöglichkeit, das Arbeitsangebot und die Nichtannahme.

Diese drei Voraussetzungen sind die tragenden tatbestandlichen Säulen des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung. Man kann sie jedoch nun nicht einfach wahllos hintereinander abhandeln, vielmehr muß wegen der durch weitgehende Verzahnung bedingten teilweisen Wechselwirkung eine bestimmte Reihenfolge eingehalten werden. Dabei hat die Nichtannahme an erster Stelle zu stehen, denn ohne Nichtannahme ist Gläubigerverzug

---

1) Vgl. oben E III 1 c bb, S. 99

undenkbar[1] und sind weitere Erörterungen zum Gläubigerverzug überflüssig.

b) Die Nichtannahme der Arbeitsleistung

aa) Die Rechtsnatur der Nichtannahme

Grundvoraussetzung jeden Gläubigerverzugs ist die Nichtannahme. Sie verleiht dieser Störungsform die charakteristische Eigenschaft, wie das auch in der Bezeichnung "Annahmeverzug" zum Ausdruck kommt. Trotzdem liegen aber, soweit ersichtlich, eingehendere Untersuchungen zur Rechtsnatur der Nichtannahme nicht vor. Andeutungen finden sich, wenn es teilweise heißt, die Nichtannahme könne ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen[2] oder erklärt[3] werden oder allein die bloße Tatsache der Nichtannahme genüge[4]. Ob nun aber eine Willenserklärung oder eine Rechtshandlung vorliegt, wird nicht erörtert.

Bei den menschlichen Handlungen ist zu unterscheiden zwischen Willenserklärungen und Rechtshandlungen. Die Rechtshandlungen werden wiederum eingeteilt in geschäftsähnliche Handlungen und Realakte (Tathandlungen), wobei eine weitere Unterteilung der geschäftsähnlichen Handlungen in Willensäußerungen und Vorstellungsäußerungen erfolgt[5]. Willenserklärung ist die mit Erklärungsbewußtsein erfolgte Kundgabe eines Rechtsfolgewillens in

---

1) MOHNEN in STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 7 ff., S. 1393 ff., behandelt die Nichtannahme erst hinter Angebot und Arbeitsmöglichkeit als "dritte Voraussetzung des Annahmeverzuges" (Bem. 14, S. 1395). Soweit damit eine Reihenfolge der Voraussetzungen festgelegt sein soll, ist das unhaltbar.
2) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 15, S. 1395
3) Vgl. HOPPE, BB 1967, 1492 unter 4
4) Vgl. FABRICIUS, Leistungsstörungen, E III 2 a, S. 61 f.
5) Vgl. HEFERMEHL, BArbBl 1967, S. 311 f. unter A

Richtung auf einen Adressaten[1]. Die geschäftsähnliche Handlung ist ebenfalls eine Willensäußerung, richtet sich aber nicht auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen[2]. Bei der Tathandlung wird ausschließlich an den äußeren Tatbestand ohne Rücksicht auf einen Willen angeknüpft[3].

Nach der gesetzlichen Ausgestaltung in den §§ 293 ff. erfordert die Nichtannahme weder die Kundgabe eines Rechtsfolgewillens noch überhaupt eines Willens. Es kommt also nicht darauf an, ob der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annehmen will oder kann, sondern allein die Tatsache ist maßgebend, daß er nicht annimmt. Die Nichtannahme ist daher eine Tathandlung oder genauer gesagt eine Realunterlassung. Wollte man auch den Willen des Arbeitgebers hier bedeutsam sein lassen, so brauchte der Arbeitgeber in den Fällen, in denen er nicht annehmen kann, nur seinen Willen zur Annahme zu betonen, um den Folgen des Annahmeverzugs zu entgehen. Abgrenzungsprobleme zur Unmöglichkeit (Betriebsrisiko) würden dann nicht existieren.

Ist damit die Nichtannahme der Arbeitsleistung ein Realakt, so bedeutet das nicht, daß sie nur als solcher praktisch in Erscheinung träte. Im Gegenteil dürfte in den meisten Fällen der Realakt der Nichtannahme in einer gleichzeitig erfolgenden Willenserklärung des Arbeitgebers enthalten sein[4], wie sich aus nachfolgenden Beispielen ergibt.

---

1) Vgl. statt vieler: FABRICIUS, JuS 1966, S. 11, 1. Sp oben
2) z.B.: Aufforderung gem. § 108; Anzeige in §§ 409, 478; bei der Mahnung str.
3) Einzelheiten bei HEFERMEHL, a.a.O.
4) Auf die besondere Eigenart der im Arbeitsverhältnis vorkommenden Erklärungen und Handlungen weist HEFERMEHL, a.a.O., S. 322 unter F, zu Recht hin.

bb) Die Erscheinungsformen der Nichtannahme

Abgesehen von der praktisch kaum vorkommenden reinen Nichtannahme sind folgende Fälle[1], in denen stets gleichzeitig auch Nichtannahme vorliegt, bedeutsam:

(1) Die unwirksame Entlassung. Dazu gehört jede Kündigung, die sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen hält, insbesondere also eine fristlose Kündigung, eine Kündigung mit zu kurzer Frist oder eine Entlassung im Widerspruch zu Kündigungsverboten, wie z.B. bei sozial ungerechtfertigter Kündigung (§ 1 KSchG), bei Kündigung eines Betriebsratsmitglieds ohne wichtigen Grund (§ 15 KSchG), bei Massenentlassungen unter Verstoß gegen §§ 17 f. KSchG, bei Verstoß gegen § 9 MutterschutzG oder §§ 14 ff. SchwerbeschG.

(2) Die Ablehnung der Beschäftigung. Dabei ist belanglos, worauf (z.B. Auftragsmangel, Einstellung oder Verkauf des Unternehmens) die Ablehnung beruht, auch ob sie schon vor oder bei Arbeitsantritt oder erst im Lauf des Arbeitsverhältnisses erfolgt. Darunter fällt die Nichtzuweisung von Arbeit ebenso wie die einseitige Anordnung von Arbeitsaussetzung oder Kurzarbeit[2]. Auch gehören hierher die Ausweisung eines Arbeitnehmers aus dem Betrieb und die Angriffsaussperrung[3]; ebenso bei vereinbarter Wiedereinstellungsklausel die Ablehnung der Weiterbeschäftigung

---

1) Zu ähnlichen Zusammenstellungen vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 16-21, S. 1395 f.; HOPPE, BB 1967, 1492 unter 4

2) Vgl. BAG, Urt. v. 10.7.1969 - 5 AZR 323/68 ("Metallgießerei-Fall") = AP Nr. 2 (unter 1) zu § 615 BGB Kurzarbeit, m. Anm. Alfred SÖLLNER; BAG, Urt. v. 15.12.1961 - 1 AZR 207/59 = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit, m. Anm. NEUMANN-DUESBERG; BAG, Urt. v. 8.3.1961 - 4 AZR 223/59 = BAG 11 (1963), 34 (39)

3) Auch bei rechtmäßiger Angriffsaussperrung liegt an sich Nichtannahme vor, zum Beschäftigungsverzug kommt es aber dann gerade wegen der fehlenden Rechtswidrigkeit nicht.

nach beendetem Streik, und zwar auch dann, wenn der Arbeitgeber nicht alle zumutbaren sachlichen und personellen Möglichkeiten des Betriebs einsetzt, um unverzüglich etwaige der Weiterbeschäftigung entgegenstehende technische Schwierigkeiten zu beseitigen[1].

(3) Die Nichtvornahme einer erforderlichen Mitwirkungshandlung, d.h. einer Handlung, ohne deren Vornahme der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung weder bewirken noch in konkreto anbieten kann[2]; die Erforderlichkeit beurteilt sich im allgemeinen Schuldrecht nach § 242[3], im Arbeitsverhältnis somit nach der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitgebers, die hier die Funktionen von § 242 übernimmt[4]. Um Nichtvornahme einer erforderlichen Mitwirkungshandlung handelt es sich z.B., wenn der Arbeitgeber einen durch Vereinbarung fest bestimmten Arbeitsplatz nicht zuweist; besteht eine solche Vereinbarung nicht, ist die Zuweisung eines anderen zumutbaren Arbeitsplatzes auch bei Weigerung des Arbeitnehmers keine Nichtannahme, wenn der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts handelt, wenn also auch die vorgesehene neue Arbeit der vertraglichen Leistungspflicht des Arbeitnehmers entspricht[5]. Diese Form der Nichtannahme ist natürlich auch dann gegeben, wenn der Arbeitgeber Arbeitsräume und Arbeitsmaterial (Maschinenkraft, Rohstoffe, Geräte usw.) nicht bereitstellt[6], wenn er den

---

1) Vgl. LAG Düsseldorf, Kamm. Köln, Urt. v. 25.7.1969 - 8 Sa 254/68 = NJW 1969, 1735 f.
2) Vgl. SOERGEL-SCHMIDT, § 295 Bem. 3, S. 330
3) Vgl. RGZ, Urt. v. 14.8.1941 - II 49/41 = RGZ 168, 321 (327 vor II)
4) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 48 I 1, S. 390
5) Vgl. NEUMANN-DUESBERG, Anm. zu BAG, Urt. v. 10.4.1963 - 4 AZR 95/62 = JZ 1964, 375 (377 f. unter 2 a)
6) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 34 III 2, S. 218 Abs. 1

Arbeitnehmer vereinbarungswidrig nicht von zu Hause abholen läßt[1] oder wenn er die Fabriktore schließt, den Eintritt verweigert[2] oder es unterläßt, für die ihm obliegende Organisation des Betriebsablaufs zu sorgen[3].

(4) Die Nichterfüllung wesentlicher Arbeitnehmerschutzvorschriften. Auch darin liegt eine Nichtannahme der Arbeitsleistung, wenn der Arbeitgeber trotz berechtigter Rüge seinen Schutzpflichten nicht nachkommt, mag es sich nun um die aus §§ 617 f. resultierende privatrechtliche Fürsorgepflicht oder um öffentlichrechtliche Arbeitnehmerschutzbestimmungen, wie z.B. die von den Berufsgenossenschaften gemäß § 708 RVO erlassenen Unfallverhütungsvorschriften oder die vom Gewerbeaufsichtsamt nach § 120 d GewO getroffenen Anordnungen, handeln. Allerdings kommen stets nur wesentliche Schutzpflichtverletzungen in Betracht, also solche, die die Lage des betreffenden Arbeitnehmers maßgebend beeinträchtigen und die Arbeitsleistung für ihn unzumutbar werden lassen[4], wogegen unwesentliche Verstöße nicht als Nichtannahme zu werten sind.

---

1) Vgl. HOPPE, BB 1967, 1491 unter II 2
2) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 10, S. 1394 oben; HOPPE, a.a.O.; BAG, Urt. v. 10.7.1969 ("Metallgießerei-Fall"), a.a.O. (oben S. 139, FN 2) unter 3
3) Vgl. BAG, a.a.O. (oben FN 2)
4) Der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit wird auch bei HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., erwähnt

c) Das Arbeitsangebot und sein Verhältnis zur Nichtannahme

aa) Keine isolierte Behandlung des Angebots

In Darstellungen, die sich mit dem Gläubigerverzug des Arbeitgebers befassen, wird gewöhnlich der Satz, nach § 294 müsse die Leistung grundsätzlich in natura angeboten werden, vorangestellt, und danach folgt dann direkt eine Untersuchung dieser "ersten Voraussetzung"[1], ohne daß dem Zusammenwirken von Angebot und Nichtannahme zur Herbeiführung des Gläubigerverzugs besondere Bedeutung beigemessen wird. Dementsprechend erhebt man auch ganz allgemein die Frage, welche Anforderungen an das Arbeitsangebot zu stellen sind[2], und versucht, die Antwort zu finden, ohne auf den in den §§ 293 ff. verankerten Zusammenhang von Angebot und Nichtannahme einzugehen oder die §§ 294 - 296 einer Auslegung zu unterziehen, die durch die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses gefordert wird. Demgemäß sind die Ergebnisse vielfältig. Übereinstimmungen bestehen kaum und können bei derart allgemeiner Betrachtung auch nicht vorhanden sein, da es von den Auswirkungen der gesetzlichen Ausgestaltung des Verhältnisses von Angebot und Nichtannahme abhängt, wie das Angebot der Arbeitsleistung gestaltet sein muß. Um festzustellen, ob und gegebenenfalls wo der Streit um das Arbeitsangebot seine Berechtigung hat, muß daher zunächst auf das Zusammenwirken von Angebot und Nichtannahme zur Herbeiführung des Gläubigerverzugs eingegangen werden.

---

1) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 8 ff., S. 1393 f.; HOPPE, BB 1967, 1491 unter II 2

2) Vgl. NIKISCH, RdA 1967, 241; STEHL, ArbuR 1967, S. 44 unter II; BAG, Urt. v. 10.7.1969 ("Metallgießerei-Fall"), a.a.O. (oben S.139 FN 2), Bl. 2 Rückseite und f.

bb) Das Zusammenspiel zwischen den verschiedenen Angebotsformen und der Nichtannahme

Das Gesetz fordert in § 294 ein tatsächliches und in § 295 ein wörtliches Angebot, und § 296 Satz 1 geht geradezu davon aus, daß bei kalendermäßiger Bestimmtheit der Mitwirkungshandlung des Gläubigers ein Angebot der Leistung grundsätzlich überhaupt nicht erforderlich ist ("nur"). Die §§ 294 ff. beruhen also nicht nur auf dem Grundsatz des tatsächlichen Angebots sondern auch auf der grundsätzlichen Nichterforderlichkeit des Angebots bei kalendermäßig bestimmter Mitwirkungshandlung. Welcher Grundsatz im allgemeinen den Vorrang genießt, kann dahinstehen. Mag es beim alltäglichen Sachleistungsgeschäft der des tatsächlichen Angebots sein, so kommt im Arbeitsverhältnis wegen des Einflusses der Zeit auf Schuldner- wie auch auf Gläubigerhandlungen dem Grundsatz der Nichterforderlichkeit des Angebots bei kalendermäßig bestimmten Mitwirkungshandlungen die größere Bedeutung zu. Für das Zusammenwirken zwischen Nichtannahme der Arbeitsleistung und Arbeitsangebot bestehen daher im Arbeitsverhältnis zur Herbeiführung des Beschäftigungsverzugs folgende Möglichkeiten:

(1) Die b l o ß e N i c h t a n n a h m e der Arbeitsleistung. Sie führt gemäß §§ 293, 295 Satz 1, 2. Alt., 296 Satz 1 zum Beschäftigungsverzug, wenn zur Bewirkung der Arbeitsleistung eine Handlung des Arbeitgebers, für die eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, erforderlich ist und der Arbeitgeber die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (nicht rechtzeitige Mitwirkung).

(2) N i c h t a n n a h m e u n d w ö r t l i c h e s A n g e b o t führen in zwei Fällen zum Beschäftigungsverzug, vorausgesetzt, daß dieser nicht bereits nach Möglichkeit (1) eingetreten ist:

(a) Nach §§ 293, 295 Satz 1, 1. Alt., wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer erklärt hat, daß er die Arbeitsleistung nicht annehmen werde (erklärte Nichtannahme).

(b) Nach §§ 293, 295 Satz 1, 2. Alt., 296 Satz 1, wenn zur Bewirkung der Arbeitsleistung eine Handlung des Arbeitgebers erforderlich ist und der Arbeitgeber die Handlung rechtzeitig vornimmt (rechtzeitige Mitwirkung).

(3) N i c h t a n n a h m e u n d t a t s ä c h l i c h e s A n g e b o t der Arbeitsleistung sind zur Herbeiführung des Beschäftigungsverzugs nur in den Fällen erforderlich (§§ 293, 294), in denen er nicht bereits nach den Möglichkeiten (1) oder (2) eingetreten ist (sonstige Fälle). Ein tatsächliches Angebot der Arbeitsleistung liegt dabei vor, wenn der Arbeitnehmer sich rechtzeitig am Ort der Arbeit einfindet und dort versucht, mit der Arbeit zu beginnen, so daß es nur noch an der Annahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber fehlt[1)].

Wie bereits angedeutet, stehen diese Möglichkeiten zur Herbeiführung des Beschäftigungsverzugs in einem Subsidiaritätsverhältnis, und zwar in der aufgezeigten Reihenfolge, so daß es eines Angebots nur bedarf, wenn nicht bereits Möglichkeit 1 eingreift; ein tatsächliches Angebot ist nur erforderlich, wenn nicht die Möglichkeiten 1 oder 2 a oder b vorliegen. Das sicherste Mittel des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber in Beschäftigungsverzug zu setzen, ist somit das tatsächliche Angebot. Aber auch beim wörtlichen Angebot ist bisher nie angezweifelt worden, daß es zur Herbeiführung des Beschäftigungsverzugs genügt. Will man die Anforderungen

---

1) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 9, S. 1393, m.w.N.

an das Arbeitsangebot in den verschiedenen Nichtannahmefällen untersuchen, ist es daher nicht nötig, jeder der Möglichkeiten 1, 2a und b jeden der vier Nichtannahmefälle gegenüberzustellen. Eine solche Gegenüberstellung wird im folgenden nur vorgenommen, soweit ihr praktische Bedeutung zukommt. Aus diesem Grund wird auf die Möglichkeit 2 b nicht weiter eingegangen, was sich auch deshalb erübrigt, weil die Frage nach der Erforderlichkeit des Angebots der Arbeitsleistung ein Abgrenzungsproblem zwischen Möglichkeit 2 a (erklärte Nichtannahme) und 1 (nicht rechtzeitige Mitwirkung) darstellt.

cc) Die Anforderungen an das Arbeitsangebot bei den verschiedenen Erscheinungsformen der Nichtannahme unter Außerachtlassung der praktisch unbedeutenden Konstellationen

Bei den vier Erscheinungsformen der Nichtannahme stellt sich praktisch die Frage, ob es sich um nicht rechtzeitige Mitwirkung (Angebot entbehrlich) oder nur um erklärte Nichtannahme (Angebot erforderlich) handelt. Es würde wesentlich zur Rechtssicherheit beitragen, könnte man alle vier Nichtannahmefälle in Bezug auf das Angebot einheitlich beurteilen[1]. Im Hinblick auf die unbestreitbar lebensfremden Lösungen, wonach ein zu Unrecht fristlos entlassener Arbeitnehmer seine Arbeit nochmals anbieten muß, um sich den vertraglichen Lohnanspruch zu sichern[2],

---

1) Dafür auch SÖLLNER in Anm. zu BAG, Urt. v. 10.7.1969, a.a.O. am Schluß

2) STEHL, ArbuR 1967, S. 45 FN 7, schildert aus der täglichen Gerichtspraxis die Antworten der Arbeitnehmer auf die Frage nach einem etwaigen Widerspruch gegen die Entlassung: "Wie denn, man hat mich doch hinausgeworfen. Das lasse ich mir nicht zweimal sagen. Soll man doch erst die Kündigung zurücknehmen, dann kann ich auch wieder arbeiten gehen." Diese Antwort spricht für sich.

oder wonach die Sekretärin, der ihr Chef mitgeteilt hat, sie brauche am nächsten Tag nicht zu kommen, da er verreise und ihre Dienste nicht benötige, trotzdem ihre Dienste noch einmal, wenn auch nur wörtlich, anbieten müßte[1], wäre es sachgerecht, daß diese einheitliche Beurteilung negativ für das Angebot ausfiele. Ob das in allen Fällen möglich ist, soll nachfolgend erörtert werden.

aaa) Das Angebot bei der unwirksamen Entlassung

Einhellig wird anerkannt, daß es sich bei der unwirksamen Entlassung zumindest um erklärte Nichtannahme handelt. Fraglich ist aber, ob man darin nicht auch eine nicht rechtzeitige Mitwirkung sehen kann. Allein darin liegt das Problem, es wird aber meistens nur unter dem allgemeineren Aspekt aufgeworfen, welches Verhalten des bereits beschäftigten Arbeitnehmers erforderlich ist, um den Arbeitgeber bei unwirksamer Entlassung in Annahmeverzug zu setzen.

Dazu werden dann zahlreiche Meinungen vertreten, welche sich vom Ergebnis her gesehen in drei Gruppen aufteilen lassen, wobei jedoch nur die jeweiligen Ergebnisse, nicht aber auch die Begründungen, wenigstens annähernd übereinstimmen:

(1) Eine erste Gruppe[2] vertritt unter Berufung auf § 295 (wörtliches Angebot) die Meinung, grundsätzlich

---

1) Vgl. NIKISCH, RdA 1967, 243 1. Sp. Abs. 2, unter Berufung auf LARENZ

2) Dazu gehören: MOHNEN in STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 10, S. 1393 f.; Alfred HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 34 III 2, S. 218 f.; NIKISCH I, § 26 III 2, S. 277 unten; HOPPE, BB 1967, 1491 unter II 2; BAG GS, Beschl. v. 26.4.1956 - GS 1/56 = BAG 3 (1957), 66 (74 vor 2) = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG unter II 1, m. zust. Anm. von Alfred HUECK (insbes.

müsse der Arbeitnehmer irgendwie zum Ausdruck bringen, daß er bereit ist, dem Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Entlassung hinaus zur Verfügung zu stehen, und zwar auch dann, wenn ein solches Verhalten offenbar zwecklos ist, wie z.B. bei Abwesenheit des Arbeitgebers. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, daß das Angebot nicht nur die Aufgabe hat, den Gläubiger zu informieren (Erinnerungsfunktion), sondern es soll auch durch eine in die Außenwelt tretende Rechtshandlung den Eintritt des Gläubigerverzugs sicherstellen und die Leistungsbereitschaft des Schuldners manifestieren[1] (doppelte Feststellungsfunktion). Unter den Anhängern dieser "A n g e b o t s t h e o r i e" besteht jedoch Uneinigkeit darüber, welche Anforderungen an das Verhalten des Arbeitnehmers zu stellen sind:

(a) Teilweise[2] scheint man der Ansicht zu sein, ein ausdrückliches wörtliches Angebot i.S. einer dem Arbeitgeber gegenüber abzugebenden ausdrücklichen empfangsbedürftigen Willenserklärung sei erforderlich.

Ziff. 8); BAG, Urt. v. 24.11.1960 - 5 AZR 545/59 = BAG 10 (1962), 202 (205) = AP Nr. 18 zu § 615 BGB (Bl. 2 unten), m. zust. Anm. von Alfred HUECK; BAG, Urteil v. 10.4.1963 - 4 AZR 95/62 = BAG 14 (1964), 156 (158) = AP Nr. 23 zu § 615 BGB, m. krit. Anm. HERSCHEL. Diese Meinung wird von Alfred HUECK in der Anm. zu AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG und von NIKISCH, RdA 1967, 241 unter I, als herrschend angesehen; zweifelnd: STEHL, ArbuR 1967, 45 FN 15; heute kann von einer h.M. nicht mehr die Rede sein.

1) Einzelne Punkte dieser Gedanken sind dem Grunde nach angesprochen bei: ENNECCERUS-LEHMANN, § 57 II 2 c beta a.E., S. 245; SCHENKER, IheringJb. 79 (1928/29), S. 160

2) Vgl. STAUDINGER-WERNER, § 295 Bem. 10, S. 488 f.; NASTELSKI, BGB-RGRK, § 295 Bem. 1-3, S. 1104; NIKISCH I, § 26 III 2, S. 277

(b) Häufig heißt es[1], das wörtliche Angebot könne auch stillschweigend erfolgen. Im laufenden Arbeitsverhältnis wird dann ein derartiges konkludentes Angebot weiterer Arbeit in der bisherigen Arbeitsleistung gesehen, wobei es einer besonderen Erklärung nicht mehr bedürfe[2]. Obwohl nach dieser Meinung also das Arbeitsangebot im allgemeinen in der bisherigen Tätigkeit des Arbeitnehmers liegt, wird trotzdem teilweise[3] gefordert, daß bei unwirksamer Kündigung das Arbeitsangebot durch Widerspruch (ausdrücklich oder konkludent) gegen die Kündigung erbracht wird; dieses Angebot soll insbesondere in einer Klage des Arbeitnehmers liegen, wie z.B. in einer Feststellungsklage auf Unwirksamkeit der Kündigung[4] oder einer Klage auf Weiterbeschäftigung oder Fortzahlung der Vergütung. Teilweise[5] heißt es auch, in der bis zur Entlassung geleisteten Arbeit liege grundsätzlich das Angebot weiterer Arbeitsleistung, Voraussetzung dafür sei allerdings, daß der Arbeitnehmer ausdrücklich oder schlüssig zu erkennen gebe, er erkenne die Kündigung nicht an. Eine gewisse Inkonsequenz all dieser Ansichten wird schon hier deutlich: Entweder die bisher geleistete Arbeit ist gleichzeitig das Angebot weiterer Arbeit oder nicht. Warum das nun

---

1) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 10, S. 1394 Abs. 2; SOERGEL-SCHMIDT, § 295 Bem. 2, S. 330; HOPPE, BB 1967, 1491 unter II 2; BAG 3, 74; 10, 205 (Näheres zu beiden Entscheidungen oben in FN 2, S. 146)

2) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, a.a.O.; ENNECCERUS-LEHMANN, § 57 II 2 c alpha, S. 244; HUECK-NIPPERDEY, a.a.O.; GROS, AR-Blattei "Annahmeverzug I", unter B I letzter Abs.; BAG, Urt. v. 8.3.1961 - 4 AZR 223/59 = BAG 11 (1963), 34 (41) = AP Nr. 13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (a.E.), m. zust. Anm. Alfred HUECK

3) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 11, S. 1394 f.; HOPPE, a.a.O.; HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., dort FN 32, aber schon mit Einschränkung auf nicht zwecklose und nicht unzumutbare Fälle.

4) Vgl. BAG 14, 156 (Leits. 1 und S. 158); Näheres oben S. 146 FN 2

5) Vgl. BAG (GS) 3, 74 (nähere Angaben oben in FN 2, S. 146

ausgerechnet bei der Kündigung anders sein soll, warum insbesondere bei der Kündigung ein Protestverhalten des Arbeitnehmers Voraussetzung dafür sein soll, daß in der bisherigen Arbeit das Angebot zukünftiger Arbeit gesehen werden kann, ist nicht ersichtlich.

(2) Nach einer weiteren Gruppe[1] soll das Gesetz nicht in aller Strenge angewendet werden und daher das Angebot des Arbeitnehmers entbehrlich sein, wenn es ihm als sinn- und zwecklos, als leere Form erscheinen muß oder ihm wegen der brüsken Form der Kündigung nicht zugemutet werden kann (Theorie vom "z w e c k l o s e n A n g e b o t")[2].

(3) Die dritte Gruppe[3] schließlich ist der Auffassung, daß der Arbeitgeber stets schon mit der unwirksamen Entlassung selbst den Tatbestand des Annahmeverzugs nach § 293 setzt, daß also ein "weiteres" Angebot der Arbeitsleistung nicht erforderlich ist (Theorie vom "n i c h t e r f o r d e r l i c h e n A n g e b o t")[4].

---

1) Dazu gehören HECK, § 37, 7 b, S. 113; LARENZ, Schuldrecht I, § 25 I b, S. 282; und auch Alfred HUECK in HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 218 unten

2) Diese Bezeichnung wird hier nur geprägt, damit die Meinung abgekürzt in Bezug genommen werden kann.

3) Dazu gehören: NIKISCH, RdA 1967, 243 r. Sp. Abs. 2; STEHL, ArbuR 1967, S. 47 l. Sp. und S. 50 l. Sp. oben und r. Sp. Abs. 1; früher schon: SCHENKER, IheringJb. 79 (1928), 187; LOTMAR, Arbeitsvertrag II, S. 286 mit FN 1, S. 288 und 290 oben mit FN 1; OLG Kassel, Urt. v. 15.12.1904 - 2 U 271/04 = MUGDAN, OLGE 10, 179 = SeuffA. 60, 202; OLG Darmstadt, II. CS., Urt. v. 15.12.1905 = MUGDAN, OLGE 12, 268 f.; jetzt wohl auch LARENZ, Schuldrecht I, § 25 I b, S. 282, der dem OLG Kassel zustimmt; möglicherweise auch der BGH, der in BGHZ, Urt. v. 15.2.1968 - II ZR 92/66 = SAE 1969, 69 (70 unter II, r. Sp. unten), wenn auch nur zwischen den Zeilen, unterdrückte Zweifel an BAG 10, 202 anmeldet.

4) Wie FN 2

(4) Keine dieser Auffassungen kann im Ergebnis vollauf zufriedenstellen. Zur k r i t i s c h e n W ü r d i g u n g sollen folgende Argumente nur punktuell angeführt werden:

(a) Der "Angebotstheorie" und der Theorie vom "zwecklosen Angebot" liegt im Endeffekt das Empfinden zu Grunde, die gesetzliche Regelung könne gerade im Bereich des Arbeitsrechts zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, da im Normalfall das Arbeitsangebot bzw. der Protest gegen die unwirksame Entlassung nur eine reine Formsache darstellen[1]. Dabei dürfte ein Unterschied zwischen den beiden Formen der "Angebotstheorie" nicht bestehen. Deren erste Form (ausdrückliches wörtliches Angebot) wird entweder bei der früheren Kommentierung des § 295, also nicht aus direkt arbeitsrechtlicher Sicht, vertreten[2] oder ist durch spätere Veröffentlichungen desselben Autors praktisch gegenstandslos geworden[3]. Es soll daher im folgenden die "Angebotstheorie" nur noch in der zweiten Ausprägung (konkludentes Angebot) berücksichtigt werden. Die beiden ersten Gruppen bewegen sich mit der Erweiterung der Angebotsform praktisch in Richtung auf die dritte Gruppe zu. Wenn man die bisherige Arbeitsleistung als Angebot zukünftiger Arbeit ansieht oder ein Angebot bei Sinn- oder Zwecklosigkeit entfallen läßt, dann bedeutet das praktisch die Entbehrlichkeit jeglichen Angebots. Ein tatsächlicher Unterschied zwischen den vertieften Ausprägungen aller aufgezeigten Meinungen ist also im Endeffekt nicht mehr feststellbar.

---

1) Vgl. BAG, Urt. v. 10.7.1969 ("Metallgießerei-Fall"), a.a.O. (oben S. 139, FN 2), Bl. 2 Rückseite, letzter Abs.
2) So bei STAUDINGER-WERNER und NASTELSKI, BGB-RGRK
3) So bei NIKISCH

(b) Die "Angebotstheorie" und die Theorie vom "zwecklosen Angebot" geraten, soweit sie das Angebot fordern, fast stets in Kollision mit der Anschauung des täglichen Lebens. Der Arbeitgeber bringt durch die fristlose Entlassung zum Ausdruck, daß er die Weiterarbeit auf keinen Fall wünscht. Er hat an der Erfüllung und Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers kein Interesse mehr und erwartet auch gar nicht, daß der Arbeitnehmer bei dieser Sachlage die Arbeit erneut anbietet. Eine neuerliche Beteuerung der Leistungsbereitschaft müßte dem Arbeitgeber als sinnlos und möglicherweise auch als Hohn erscheinen. Auch dem fristlos entlassenen Arbeitnehmer erscheint ein neuerliches Arbeitsangebot als sinnlos. Er will bei dieser Sachlage in Wahrheit gar nicht arbeiten, sein trotzdem erfolgendes "Angebot" wäre also gar kein dem § 295 genügendes Arbeitsangebot sondern leerer Protest. Zu dem für den Arbeitnehmer nicht gerade ehrenhaften Vorgang der fristlosen Entlassung und einer naheliegenden Demütigung bei einem erneuten Angebot käme aber auch noch eine prozessuale "Strafe", denn der Arbeitnehmer hätte sein Angebot auch zu beweisen, und dieser Beweis wird umso schwerer fallen, je geringere Anforderungen man an das Protestverhalten stellt.

(c) Es ist nicht einzusehen, warum in der bisherigen Arbeitsleistung das Angebot zukünftiger Arbeit konkludent enthalten sein soll. Eine solche Annahme ist eine reine Fiktion. Es ist schon fraglich, was denn nun durch die bisherige Arbeit angeboten sein soll. In Betracht kommt die Arbeit bis zum Ende des laufenden Arbeitsabschnitts (Tages), bis zum Ende des nächsten Arbeitsabschnitts, bis zum Ende der Vertragslaufzeit oder bei unbestimmter Laufzeit bis zum Tode des Arbeitnehmers. Davon abgesehen wird man aber wohl kaum unter-

stellen können, daß der Arbeitnehmer mit der bisherigen Arbeitsleistung einen auf das Angebot künftiger Arbeit gerichteten Willen dokumentiert, denn die Arbeitsleistung ist ein Realakt und keine Willensäußerung. Diesen Realakt kann man aber nicht einfach in eine konkludente Erklärung umfunktionieren, um zu erstrebenswerten Ergebnissen zu gelangen. Wäre das möglich, dann würde die vom Gesetzgeber klar und deutlich in §§ 294, 295 vorgenommene Trennung von Real- und Verbalofferte überflüssig sein. Dort ist man zwar davon ausgegangen, daß die Verbalofferte ein Minus gegenüber der Realofferte darstellt, das bedeutet aber nicht, daß jede Realofferte gleichzeitig auch eine Verbalofferte enthält. In der bisherigen Arbeitsleistung kann daher in gar keinem Fall das Verbalangebot zukünftiger Arbeit liegen. Daß es sich bei der bisherigen Arbeit um das Realangebot zukünftiger Arbeit handele, ist noch nicht behauptet worden.

(d) Soweit ein Arbeitsangebot im laufenden Arbeitsverhältnis verlangt wird, geht man kaum darauf ein, daß das von den §§ 293 ff. geforderte Angebot stets nur ein Teil der Vertragserfüllung ist, daß also auf Grund dieser Vorschriften niemals mehr verlangt werden kann, als aus dem Vertrag selbst. Wer außer der laufend erbrachten Arbeitsleistung vom plötzlich unwirksam entlassenen Arbeitnehmer noch das Arbeitsangebot fordert, verlangt aber mehr, als vertraglich geschuldet wird. Das Angebot i.S. §§ 293 ff. ist stets nur "Anleistung"[1] im Hinblick auf die Erfüllung, also Teil der Erfüllung und nicht etwa ein besonderer außerhalb der Erfüllung stehender Akt. Die Forderung eines Angebots auch dort, wo bereits erfüllt wird, ist also nicht nur sinn- und zwecklos sondern auch mit der Systematik des Schuldrechts nicht zu vereinbaren und ergibt sich bestimmt nicht aus § 295.

---

1) Vgl. LARENZ, Schuldrecht I, § 25 I a, S. 281

(e) Auch die Meinung, in einer Klageerhebung des unwirksam entlassenen Arbeitnehmers liege konkludent das Arbeitsangebot, ist eine bloße Hilfskonstruktion zur Herbeiführung billiger Ergebnisse. Dabei geht man großzügig darüber hinweg, daß das Angebot erst mit der Klagezustellung wirksam wird, daß also für die Zeit von der Kündigung bis zur Klagezustellung kein Arbeitsangebot und also kein Beschäftigungsverzug vorliegen. Diese Zeit kann kaum als unerheblich bezeichnet werden, denn auch z.B. eine die Dreiwochenfrist des Kündigungsschutzgesetzes wahrende Klageerhebung ist kein Arbeitsangebot für die zurückliegende Zeit, die möglicherweise mehr als einen halben Monat beträgt, so daß es sich dann schon eventuell um mehr als eine halbe Monatsvergütung handelt. Eine Zurückbeziehung der Klage oder des Protests auf den Zeitpunkt der Entlassung ist nicht zulässig, da die Verzugsfolgen immer nur für die Zukunft nach dem Arbeitsangebot eintreten[1].

(f) Auch der dritten Gruppe, die ein Angebot der Arbeitsleistung stets für nicht erforderlich hält, kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Sie berücksichtigt überhaupt nicht, daß der Grundsatz der Nichterforderlichkeit eines Angebots nach dem Gesetz (§ 296) nur bei kalendermäßig bestimmten Mitwirkungshandlungen zum Tragen kommt, ansonsten aber keine Veranlassung besteht, von dem Grundsatz der Erforderlichkeit des Angebots abzuweichen. Da im Arbeitsverhältnis der zuerst genannte Grundsatz ganz im Vordergrund steht, kommt es nicht von ungefähr, daß diese Gruppe regelmäßig zu sachgerechten Ergebnissen gelangt. Ihre Aussage ist aber dann falsch, wenn eine kalendermäßig bestimmte Mitwir-

---

1) Vgl. BAG, Urt. v. 15.12.1961 - 1 AZR 207/59 = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit, Bl. 3 unter 6 a.E.

kungshandlung nicht denkbar ist. Ob und wie das der Fall sein kann, wird sich aus den folgenden Ausführungen ergeben. Diese Gruppe stellt sich aber eigentlich auch in Widerspruch zum Gesetz, wenn zur Begründung ausgeführt wird, der Arbeitgeber komme durch die bloße Nichtannahme schon nach § 293 ohne Rücksicht auf die §§ 294 ff. in Annahmeverzug. § 293 kann nicht allein als gläubigerverzugsbegründender Tatbestand gesehen werden sondern ist stets im Zusammenhang mit seinen Ergänzungsnormen (§§ 294 - 296) zu interpretieren. Aus diesem Grunde kann auch nicht angenommen werden, § 295 besage nur, daß ein wörtliches Angebot genüge, nicht, daß es unter allen Umständen erforderlich sei. Dabei würde die Ergänzungsnorm des § 295 ohne die Definitionsnorm des § 293 angewandt, was genauso unzulässig ist.

(5) In e i g e n e r S t e l l u n g n a h m e soll ein Lösungsweg aufgezeigt werden, der einerseits zu sachgerechten Ergebnissen führt und andererseits nicht im Widerspruch zum Gesetz steht:

(a) Dabei ist zunächst zwischen aktivem und ruhendem Arbeitsverhältnis zu unterscheiden. Ein ruhendes[1] Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig, also aufschiebend bedingt sind[2]. In allen anderen Fällen handelt es sich um ein aktives Arbeitsverhältnis, also um das normale laufende Arbeitsverhältnis mit aktivierten Leistungspflichten. An dieser Aktivierung ändert sich nichts dadurch, daß zwischen den ein-

---

1) Teilweise wird auch die Bezeichnung "unterbrochenes (suspendiertes)" Arbeitsverhältnis gebraucht, vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, S. 180 FN 30

2) Näheres zum ruhenden Arbeitsverhältnis bei SCHNORR v. CAROLSFELD, Arbeitsrecht, § 6 A III, S. 165 ff.

zelnen Leistungsabschnitten leistungsfreie Zeiten (Arbeitsruhe zwischen den Schichten, Wochenende) liegen; auch nichts, wenn für eine von vorneherein bestimmte längere Zeit (z.B. Urlaub) Arbeit nicht geleistet zu werden braucht, oder wenn (z.B. bei Krankheit) Arbeit nicht geleistet werden kann und dadurch die Arbeitspflicht nicht in zeitlich völlig ungewisser Weise suspendiert wird. Das aktive Arbeitsverhältnis ist in ein ruhendes übergegangen, wenn es praktisch keine Leistungspflichten mehr erzeugt, obwohl es nicht aufgehoben oder aufgelöst wurde. Bei Krankheit eines Arbeiters tritt z.B. diese Umwandlung nach sechs Wochen dauernder Arbeitsunfähigkeit ein, wenn auch der Lohnfortzahlungsanspruch nach § 1 LohnfortzahlgsG entfällt. Maßgebend ist stets, ob ein Zeitpunkt bestimmt ist oder ob die auf Grund des Arbeitsvertrages vorzunehmenden Handlungen zeitlich nicht festliegen. Ein ruhendes Arbeitsverhältnis liegt z.B. vor, wenn Bauarbeiten wegen ungünstiger Witterung bis zum Eintritt besserer Wetterbedingungen eingestellt werden, ohne daß das Arbeitsverhältnis zwischen Bauunternehmer und Maurer gelöst wird[1)], oder wenn ganz allgemein das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit unterbrochen wird.

(b) Mit dieser Unterscheidung bestehen hinsichtlich der Erforderlichkeit des Arbeitsangebots zwei Regeln: Nach unwirksamer Entlassung ist zur Herbeiführung des Gläubigerverzugs des Arbeitgebers im aktiven Arbeitsverhältnis ein Arbeitsangebot nicht erforderlich (Regel 1); im ruhenden Arbeitsverhältnis dagegen kommt der Arbeitgeber ohne Arbeitsangebot nicht in Annahmeverzug (Regel 2).

---

1) Vgl. dazu den Fall BAG, Urt. v. 14.3.1962 - 4 AZR 146/61 = AP Nr. 21 zu § 615 BGB mit Anm. SCHNORR v. CAROLSFELD

Beides ergibt sich aus den folgenden Ausführungen in Verbindung mit den vorangegangenen kritischen Anmerkungen.

(c) Als grundsätzliche Möglichkeit, die den Arbeitgeber in Gläubigerverzug setzt, wurde bereits[1] die nichtrechtzeitige Mitwirkung des Arbeitgebers herausgestellt. Mit den Worten des Gesetzes (§ 296 Satz 1) handelt es sich also darum, ob "zur Bewirkung der Arbeitsleistung eine H a n d l u n g des Arbeitgebers, für die eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, erforderlich ist und der Arbeitgeber die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt". Es geht somit um arbeitgeberische Handlungen, die zur Bewirkung der Arbeitsleistung erforderlich sind, also um solche, ohne deren Vornahme der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung weder bewirken noch in konkreto anbieten kann[2]. Regelmäßig werden dazu solche Handlungen des Arbeitgebers gezählt, die auf ein Tun gerichtet sind, wie z.B. das Bereitstellen von Arbeitsräumen, Rohstoffen und Geräten[3]. Aber damit ist der Bereich der Mitwirkungshandlungen nicht erschöpft, da eine Handlung nicht nur in einem Tun sondern auch in einem U n t e r l a s s e n bestehen kann. Nun kommt es im Rahmen der §§ 295, 296 nicht darauf an, ob den Arbeitgeber eine Rechtspflicht zur Unterlassung trifft, denn die Mitwirkungshandlung und damit auch die Unterlassung sind ja nur Gläubigerobliegenheiten. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut ist lediglich entscheidend, ob die Unterlassung zur Bewirkung der Arbeitsleistung e r f o r d e r l i c h ist. Damit spitzt sich schließlich alles

---

1) Vgl. oben E V 1 c bb (1), S. 143
2) Vgl. oben E V 1 b bb (3), S. 140
3) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 10, S. 1394 Abs. 6

auf die Frage zu, ob es zur Bewirkung der Arbeitsleistung erforderlich ist, daß der Arbeitgeber es unterläßt, den Arbeitnehmer unwirksam zu entlassen.

Diese Frage kann nur bejaht werden. Das Unterlassen einer auf Auflösung gerichteten Einwirkung auf das Grundverhältnis (den Arbeitsvertrag) ist unerläßliche Voraussetzung dafür, daß der Arbeitnehmer seine Leistung im "Betriebsverhältnis" (Erfüllung des Arbeitsvertrages) erbringen kann. Dies ist schon nach der Natur der Sache eine Selbstverständlichkeit, die einer besonderen Begründung nicht mehr bedarf. Insbesondere ist es dazu nicht mehr nötig, die an sich für die Beurteilung der Erforderlichkeit einschlägige[1)] Vorschrift des § 242 heranzuziehen.

All das gilt aber nur für den Regelfall des aktiven Arbeitsverhältnisses. Da im ruhenden Arbeitsverhältnis auch der Zeitpunkt für die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers unbestimmt ist und somit der zweite die §§ 293 - 296 beherrschende Grundsatz keine Bedeutung mehr hat, verbleibt es hier dabei, daß ohne Arbeitsangebot Gläubigerverzug nicht eintritt. Allein hier hat das Arbeitsangebot auch noch einen Sinn und kann seinen Aufgaben (Erinnerungsfunktion und doppelte Feststellungsfunktion[2)]) gerecht werden.

(d) Angefügt sei noch ein Hinweis auf zwei naheliegende aber nicht gangbare Lösungswege:
Die unwirksame Entlassung kann n i c h t als ein wirksamer V e r z i c h t des Arbeitgebers auf die Arbeits-

---

1) Vgl. oben E V 1 b bb (3), S. 140
2) Vgl. oben E V 1 c cc aaa (1), S. 147

leistung angesehen werden. Im hier maßgebenden Schuldrecht ist der Verzicht wesensgleich mit dem Erlaß und deshalb nur vertraglich möglich (§ 397 Abs. 1). Wenn man soweit gehen will, in der unwirksamen Entlassung ein dementsprechendes Angebot des Arbeitgebers zu sehen, fehlt es jedenfalls an der Annahme durch den Arbeitnehmer. Auch wenn dieser schweigend den Arbeitsplatz verläßt, kann darin nicht eine Annahmehandlung (§ 151) gesehen werden.

Es ist auch n i c h t möglich, den für den Schuldnerverzug geltenden Rechtsgedanken der "S e l b s t m a h n u n g" auf den Annahmeverzug zu übertragen[1]. Dieser Gedanke besagt, daß die Folgen des Schuldnerverzugs dann ohne Mahnung (§ 284 Abs. 1) oder Fristsetzung (§ 326 Abs. 1) eintreten, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft, bestimmt und endgültig verweigert[2]. Eine analoge Anwendung im Gläubigerverzugsrecht würde dazu führen, daß der Gläubiger durch die erklärte Nichtannahme als solche in Annahmeverzug gerät. Das steht eindeutig im Widerspruch zu §§ 293, 295 Satz 1, 1. Alt., wonach gerade für den Fall der erklärten Nichtannahme ausdrücklich mindestens ein wörtliches Angebot als Annahmeverzugsvoraussetzung gefordert wird[3]. Auch sind die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht gleich[4]. Der Arbeitnehmer hat möglicherweise an der Erbringung der Arbeitsleistung ein ganz anderes Interesse als der Arbeitgeber an deren Empfang. Der Arbeitgeber hat ein Interesse daran, zu erfahren, ob der Arbeitnehmer noch zur Arbeitsleistung willens und bereit ist. Dagegen wird es dem Arbeitnehmer vielleicht oft

---

1) A.A.: SÖLLNER, Anm. zu BAG, Urt. v. 10.7.1969 ("Metallgießerei-Fall"), a.a.O. (oben S. 139, FN 2), letzter Abs. der Anm.
2) st. Rspr., vgl. SÖLLNER, a.a.O.; STEHL, ArbuR 1967, 46 mit FN 17 dort; beide m.w.N.
3) Vgl. STAUDINGER-WERNER, § 295 Bem. 2, S. 487 Abs. 2
4) Vgl. STEHL, a.a.O.

gleichgültig oder angenehm sein, nicht arbeiten zu müssen; ein entsprechendes Interesse des Arbeitgebers am Ausfall der arbeitnehmerischen Leistung ist aber nicht denkbar. Der Gedanke der "Selbstmahnung" kann daher im Gläubigerverzugsrecht keine analoge Anwendung finden.

bbb) Das Arbeitsangebot in den anderen Fällen der Nichtannahme

Im aktiven Arbeitsverhältnis handelt es sich bei plötzlicher Ablehnung der Beschäftigung stets um nicht rechtzeitige Mitwirkung, so daß der Arbeitgeber nach §§ 293, 295 Satz 1, 2. Alt., 296 Satz 1 in Annahmeverzug gerät, ohne daß es noch eines irgendwie gearteten Angebots bedürfte[1]. Da grundsätzlich eine Beschäftigungspflicht besteht, kann nicht mehr zweifelhaft sein, daß die Beschäftigung als solche eine erforderliche Mitwirkungshandlung ist. Abgesehen davon ist die unwirksame Entlassung nur ein Spezialfall der Beschäftigungsablehnung, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um ein aktives oder ruhendes Arbeitsverhältnis handelt. Deshalb haben die bei der unwirksamen Entlassung gebrachten Ausführungen[2] auch hier Gültigkeit.

Bei Nichtvornahme einer erforderlichen Mitwirkungshandlung durch den Arbeitgeber handelt es sich stets um nicht rechtzeitige Mitwirkung, so daß hier der Gläubigerverzug des Arbeitgebers ein Arbeitsangebot in keinem Fall zur Voraussetzung hat. Die Erforderlichkeit einer Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers meint stets auch deren

---

1) Vgl. BAG, Urt. v. 10.7.1969 ("Metallgießerei-Fall"), a.a.O. (oben S. 139, FN 2)
2) Vgl. oben aaa, S. 146 - 159

Rechtzeitigkeit, denn ist für diese Handlung ein Zeitpunkt nicht bestimmt, dann ist sie auch zur Erbringung der Arbeitsleistung nicht erforderlich. Im ruhenden Arbeitsverhältnis sind erforderliche Mitwirkungshandlungen überhaupt nicht denkbar, da dort eine aktive Arbeitspflicht nicht besteht.

Der Fall der Nichterfüllung wesentlicher Arbeitnehmerschutzvorschriften kann im aktiven Arbeitsverhältnis ebenfalls stets als nicht rechtzeitige Mitwirkung angesehen werden, die allerdings erst dann vorliegt, wenn feststeht, daß der Arbeitgeber bewußt eine wesentliche Arbeitnehmerschutzvorschrift nicht erfüllt. Weiß der Arbeitgeber nicht, daß die Befolgung der Schutzvorschrift für den Arbeitnehmer wesentlich ist, so kann von unterlassener rechtzeitiger Mitwirkung nicht die Rede sein. Dies ergibt sich schon aus dem für die Erforderlichkeit maßgebenden[1)] Grundsatz von Treu und Glauben. Danach muß vom Arbeitnehmer verlangt werden, daß er die Nichterfüllung der Schutzvorschrift rügt, um den Arbeitgeber auf diesen Tatbestand hinzuweisen. Erst wenn der Arbeitgeber daraufhin dem berechtigten Arbeitnehmerverlangen nicht unverzüglich nachkommt, liegt nicht rechtzeitige Mitwirkung vor. Diese Rüge ist aber nicht als Arbeitsangebot zu werten sondern vielmehr eine der Voraussetzungen dafür, daß überhaupt Nichtannahme vorliegt. Werden im aktiven Arbeitsverhältnis wesentliche Arbeitnehmerschutzvorschriften nicht rechtzeitig (im erläuterten Sinn) erfüllt, tritt also ebenfalls Annahmeverzug ohne Arbeitsangebot ein (§§ 293, 295 Satz 1, 2. Alt., 296 Satz 1). Im ruhenden Arbeitsverhält-

---

1) Vgl. oben E V 1 b bb (3), S. 140

nis kommt dieser Nichtannahmetatbestand nicht vor, so daß dort die Frage nach dem Arbeitsangebot nicht auftaucht.

d) Die Arbeitsmöglichkeit und ihr Verhältnis zur Nichtannahme

aa) Das Problem

Es wurde bereits hervorgehoben[1], daß es im Hinblick auf die Selbständigkeit der Lehre vom Betriebsrisiko im heutigen Arbeitsrecht eigentlich gar nicht mehr um das Problem der Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit der Arbeitsleistung und Gläubigerverzug des Arbeitgebers geht, sondern daß es darauf ankommt, die Grenzlinie zwischen den durch das "Betriebsrisiko" geregelten Fällen und dem Annahmeverzug des Arbeitgebers zu ziehen. Bevor auf diese Abgrenzung eingegangen werden kann, ist allerdings der Inhalt der Betriebsrisikolehre klarzustellen. Ein näheres Eingehen auf die historische Entwicklung dieser Lehre erübrigt sich, da diese im modernen Schrifttum ausführlich dargestellt wird[2].

---

1) Vgl. oben C V 3 a ee, S. 58
2) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. C 48 - C 51, S. 653 f.; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 49 ff., insbes. 51-64, S. 1403-1411; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 44 IV 2, S. 349 ff.; JORNS, Betriebsrisiko (1957), erster und zweiter Teil, S. 15-105; einen wertenden Kurzüberblick gibt WIEDEMANN, S. 81-83; eine kritische Darstellung der Entwicklung findet sich bei TRESCHER (Diss. 1967), 1. Teil unter II, S. 8-28

bb) Der heutige Stand der Lehre vom Betriebsrisiko

(1) Die Betriebsrisikolehre befaßt sich mit der Frage, wer das Vergütungsrisiko zu tragen hat, wenn die Arbeit infolge eines Ereignisses ausfällt, dessen Eintritt weder dem Arbeitgeber noch dem Arbeitnehmer zugerechnet werden kann. Mit dieser Formulierung ist der Gegenstand dieser Lehre bewußt weit gefaßt worden, um möglichst alle wesentlichen Erscheinungsformen der Betriebsrisikofrage einzubeziehen. Durch eine derartig verallgemeinerte Umschreibung des Gegenstands dieser Lehre wird aber auch ihrer eigentlichen Existenzgrundlage, der völligen Lösung vom BGB, Rechnung getragen. Im Schrifttum neigt man dagegen zu einengender Interpretation insbesondere hinsichtlich des den Arbeitsausfall auslösenden Ereignisses wie auch hinsichtlich dessen Zurechnung. Regelmäßig wird das Ereignis als "Betriebsstörung"[1] bezeichnet, wozu auch Stillegungen und Einschränkungen des Betriebs[2] gehören sollen. Eine generelle Definition des Begriffs Betriebsstörung erfolgt dabei regelmäßig[3] nicht, man umschreibt ihn lediglich durch Beispiele wie Ausfall der Energieversorgung, Roh- oder Brennstoffmangel, Naturkatastrophen, Brand der Fabrik, Kriegsauswirkungen, Maschinenschaden, Teilstreik, Stocken von Zulieferungen, behördliche Maßnah-

---

1) Vgl. z.B. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 44 IV 1, S. 348; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 50, S. 1403; SÖLLNER, Lehrbuch, § 32, 5, S. 207 f.; NIKISCH I, § 42 I 1, S. 598; NEUMANN-DUESBERG, BB 1969, 1449 unter I, und JuS 1970, 69 unter 2 a; WIEDEMANN, S. 81 Abs. 1; JAERISCH, NWB 1967 Nr. 4, Fach 26, S. 735 unter I

2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, a.a.O.; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, a.a.O.

3) Eine Ausnahme findet sich bei NIKISCH I, § 42 I 1, S. 598, wo es sinngemäß heißt, eine Betriebsstörung liege vor, wenn die sachlichen Betriebsmittel, die der Arbeitgeber bereitzustellen hat, nicht zur Verfügung stehen und einwandfrei funktionieren.

men, Landestrauer usw. Hinsichtlich der Zurechnung des die Betriebsstörung auslösenden Ereignisses zu einem der Arbeitsvertragspartner sprach man bisher üblicherweise von "Verschulden"[1], so daß alle diejenigen Betriebsstörungen zum Problemkreis des Betriebsrisikos zählten, die von keinem der Vertragspartner verschuldet wurden. In moderneren Abhandlungen[2] stellt man dagegen nicht auf unverschuldete sondern auf solche Betriebsstörungen ab, die von keiner Seite "zu vertreten" sind. Wonach dieses Vertretenmüssen zu beurteilen ist, wird auffälligerweise regelmäßig nicht erörtert, nur NEUMANN-DUESBERG[3] setzt sich mit der Problematik auseinander und kommt zu dem Ergebnis, daß das Vertretenmüssen des Arbeit g e b e r s beim Betriebsrisiko sich ähnlich wie das bei § 324 Abs. 1 Satz 1 bestimmt[4], wogegen das Vertretenmüssen des Arbeit n e h m e r s bei Betriebsstörungen echte Verschuldenshaftung ist und somit dort eine besondere Vertretensproblematik nicht vorliegt[5]. Bei Anwendung der Vertretensproblematik des § 324 Abs. 1 auf das Vertretenmüssen des Arbeitgebers beim Betriebsrisiko gewinnt er dann[6] folgende Lösung: Der Arbeitgeber hat eine Betriebsstörung zu vertreten, das Betriebsrisiko entfällt also, wenn er die Beschäf-

---

1) Z.B. bei HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 44 IV 1, S. 348 Abs. 3; ERMAN-KÜCHENHOFF, § 615 Bem. 5 Abs. 1, S. 1290; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 50, S. 1403; BOLDT, Arbeitsvertrag EGKS 1966, § 3 I, Nr. 63 unter c, S. 301. Nach NIKISCH I, § 42 I 2 a.E., S. 600 soll es aber auf Verschulden nicht ankommen, da alle Betriebsstörungen - abgesehen vom Streik - sowieso in der Gefahrensphäre des Arbeitgebers liegen.

2) Vgl. NEUMANN-DUESBERG, JuS 1970, 69 unter 2 a; DERS., BB 1969, 1449 unter I 1; WIEDEMANN, S. 81 Abs. 1; FABRICIUS, Leistungsstörungen, E I 1, S. 52

3) BB 1969, 1449-1451

4) a.a.O., unter II 2 am Anf.

5) a.a.O., S. 1451 unter III

6) a.a.O., S. 1451 unter II 3 und 4

tigungspflicht vereitelt, wenn er arbeitsvertragliche Nebenpflichten schuldhaft verletzt, wenn er sich dem Arbeitnehmer gegenüber deliktisch verhält oder - subsidiär zu allem - wenn er die Störung durch Obliegenheitsverletzung herbeiführt; beruht die Störung auf dem Verhalten eines arbeitgeberischen Erfüllungsgehilfen[1], ist § 278 entweder unmittelbar oder zumindest entsprechend anzuwenden, je nachdem, ob man Verletzung einer echten Rechtspflicht (z.B. Beschäftigungspflicht) oder einer bloßen Obliegenheit annimmt, da der Arbeitgeber bei der Übertragung von Arbeitgeberfunktionen auf einzelne Arbeitnehmer nicht besser gestellt sein kann, als wenn er diese Aufgaben persönlich wahrnehmen würde[2].

(2) Für den Fall, daß der Arbeitsausfall auf einer Betriebsstörung beruht, die von keiner der Arbeitsvertragsparteien zu vertreten ist, gelten nach der Lehre vom Betriebsrisiko folgende Gesichtspunkte:

(a) Der Arbeitgeber trägt grundsätzlich das Betriebsrisiko, er schuldet also grundsätzlich auch bei Arbeitsausfall infolge von Betriebsstörungen die volle Vergütung; in Abzug kommt jedoch entsprechend §§ 615 Satz 2, 324 Abs. 1 Satz 2 dasjenige, was der Arbeitnehmer durch den Arbeitsausfall erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

---

1) Wie z.B. beim Brand in einem Hamburger Nachtkabarett, der dadurch entstand, daß vom Personal entgegen den Anordnungen des Barinhabers Aschenbecher in einen Kunststoffbehälter entleert wurden, vgl. BAG, Urt. v. 17.12.1968 - 5 AZR 149/68 ("Artistenfall") = AP Nr. 2 zu § 324 BGB mit zust. Anm. Alfred HUECK = DB 1969, 446 f. = BB 1969, 314. Urteilsbesprechung von NEUMANN-DUESBERG, JuS 1970, 68 ff.

2) Vgl. BAG, AP wie vorige FN, Bl. 3 oben

(b) Wird der Betrieb durch die Störung so schwer getroffen, daß bei Leistung der vollen Vergütung seine Existenz gefährdet würde, tritt eine Beteiligung der Arbeitnehmer am Betriebsrisiko[1] ein, wenn nur dadurch der Betrieb als Grundlage der gemeinsamen Zusammenarbeit erhalten werden kann. Die Beteiligung erfolgt durch Anpassung der Vergütung an die Notwendigkeiten zur Überbrückung des Betriebsrisikos, also entweder durch Stundung[2], Kürzung oder zeitweiligen Ausfall der Vergütung oder durch vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses[3].

(c) Ausgenommen vom Grundsatz a sind diejenigen Fälle, in denen die Störung nicht eindeutig und ausschließlich aus der Sphäre des Arbeitgebers stammt, wie z.B. bei Unerreichbarkeit des Arbeitsplatzes wegen Krieg, inneren Unruhen, Paßverweigerung, Verkehrssperren oder Überschwemmungen.[4] Hierher gehört es aber auch, wenn die Störung nach der Natur der Sache ihre Ursachen sowohl im Bereich des Arbeitgebers als auch in dem des

---

1) Zu dieser Beteiligung vgl. insbesondere die umfangreichen, oft übersehenen Ausführungen bei STAUDINGER-WEBER (1961), § 242 Bem. C 60 - C 71, S. 657-660

2) Nach WIEDEMANN, S. 91 f., entspricht es der Stellung des Arbeitnehmers im Gemeinschaftsverhältnis allein, daß die Vergütung gestundet wird, bis der Betrieb wieder Gewinne auswirft.

3) Zu Einzelheiten vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Bem. C 79 - C 94, S. 663-668

4) Vgl. NIKISCH I, § 43 I 3, S. 612; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 13 Abs. 2, S. 1395. SCHNORR v. CAROLSFELD, RdA 1964, S. 303 r. Sp. oben, zählt auch die Landestrauer hierher, da dies ein Eingriff von außen sei, der nicht den Betrieb als solchen sondern jedermann treffe.

Arbeitnehmers hat[1]. Dann muß die Lösung aus den allgemeinen Regeln des BGB über die Unmöglichkeit gefunden werden[2], so daß der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers hier entfällt, soweit Arbeit von ihm nicht geleistet wurde.

(d) Liegt die Ursache für die Betriebsstörung im kollektivrechtlichen Bereich, taucht zunächst die Grundsatzfrage auf, ob die Betriebsrisikolehre überhaupt auf den Arbeitskampf angewendet werden kann[3]. Schon diese Frage ist in der Literatur streitig[4]. Demzufolge ist aber erst recht das Problem der Fernwirkung von Arbeitskämpfen völlig ungeklärt und offen. Es geht dabei darum, ob die Betriebsrisikolehre auf die Vergütungsansprüche in mittelbar von Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben angewendet werden kann, ob also Arbeitnehmer, deren Arbeit auf Grund eines Arbeitskampfes ausfällt, an dem sie sich nicht beteiligen, einen Fortfall des Vergütungsanspruchs hinnehmen müssen[5]. Wegen

---

1) Vgl. dazu den Fall BAG, Urt. v. 7.11.1958 - 1 AZR 249/58 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Film, Bl. 4, mit zweifelnder Anm. Alfred HUECK (Bl. 6 R unter 2). Dort hatte sich eine Filmschauspielerin zur Übernahme einer Rolle unter einem bestimmten Regisseur verpflichtet, doch die Produktionsfirma konnte später diesen Regisseur entgegen seiner früheren Zusagen nicht gewinnen.

2) Vgl. BAG, a.a.O., Bl. 4 R

3) Die bisher h.L. bejaht dies, so daß z.B. den sich an einem Streik beteiligenden Arbeitnehmern kein Vergütungsanspruch gewährt wird.

4) Ablehnend insbesondere: WIEDEMANN, S. 90 vor a; RICHARDI, Arbeitsrecht, S. 34 f., m.w.N.

5) Der Problematik kann nicht weiter nachgegangen werden, da es sich hier nur um die Feststellung des gesicherten Inhalts der Betriebsrisikolehre handelt. Näheres vgl. RICHARDI, Arbeitsrecht, a.a.O.; DERS., RdA 1970, 69 f. unter V; LÖWISCH, RdA 1967, 45-50; DERS., DB 1963, 899-901; MAYER-MALY/NIPPERDEY, Risikoverteilung (1965), insbes. S. 17 ff., 37, 40 f. und 43; RAMM, Arbeitskampf (1968), S. 289 ff. unter c; BALLERSTEDT, ArbuR 1966, 225-235; BROX-RÜTHERS,

der Unausgetragenheit des Problems kann in diesem Punkt von einer einheitlichen Betriebsrisikolehre überhaupt nicht die Rede sein.

(3) Zur Begründung einer derartigen Risikoverteilung werden üblicherweise wirtschaftsrechtliche oder wirtschaftsverfassungsrechtliche Gesichtspunkte herangezogen[1]. Man beruft sich dabei auf die Organisationsgewalt des Arbeitgebers (Grundsatz der Identität von Herrschaft und Haftung) oder auf das Unternehmerwagnis ("Wer die Chance hat, Gewinn zu erzielen, muß auch das Risiko übernehmen") bzw. die Gewinnverteilung ("Wer den Gewinn erhält, trägt auch den Verlust")[2]. Davon abgesehen versucht man aber auch, den Zusammenhang mit dem Zivilrechtssystem dadurch herzustellen, daß man eine entsprechende Anwendung der werkvertraglichen Gefahrtragungsnorm des § 645 auf den Arbeitsvertrag befürwortet[3]. Richtigerweise werden neuerlich aber mehr und mehr das arbeitsrechtliche Schutzprinzip und die Beachtung der Betriebsverbundenheit von Arbeitgeber und Belegschaft zur Begründung herangezogen[4]. Dieser Schutz-

---

§ 17, S. 267-273; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 68, S. 1411 f.; (besonders ausführlich:) STAUDINGER-WEBER (1961), § 242 Bem. C 53 ff. (C 54), S. 654 f.; STREMPEL, § 6 II 1, S. 68-82; TOMANDL, § 11 VI 2 C, S. 343 ff.; JORNS, S. 153-158; BAG, Urt. v. 8.2.1957 - 1 AZR 338/55 = BAG 3, 346 (350)

1) Vgl. zum Ganzen: WIEDEMANN, S. 85-89
2) Vgl. auch BAG, Urt. v. 8.2.1957 - 1 AZR 338/55 = AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko, Bl. 1 R unten
3) Vgl. SÖLLNER, AcP 167, S. 141 ff.; DERS., Lehrbuch, § 32, 5, S. 208; RICHARDI, Arbeitsrecht, S. 31 unten; BALLERSTEDT, ArbuR 1966, S. 230 r. Sp. oben, m.w.N. Dagegen: BEUTHIEN, Zweckerreichung, § 3 B II 4 b, S. 88 f., da es in § 645 Abs. 1 nicht um Gefahrtragung gehe und diese Vorschrift auch nur die Schlechtlieferung, nicht aber die Nichtlieferung betreffe; wichtigste Betriebsstörung sei aber, daß der Arbeitgeber das Arbeitssubstrat nicht bereitstellen kann.
4) Vgl. WIEDEMANN, S. 88 f.; BEUTHIEN, a.a.O., S. 88

gedanke beruht darauf, daß dem Arbeitgeber eine Garantie für die Daseinsvorsorge des Arbeitnehmers als Äquivalent dafür auferliegt, daß der Arbeitnehmer infolge von Ausbildung und Berufsausübung mit notwendiger Eingliederung in einen fremden Wirtschaftsbereich keine selbständige, ganzheitliche Wirtschaftsplanung vornehmen kann.

cc) Der Gläubigerverzug des Arbeitgebers und der dogmatische Ansatzpunkt für Betriebsrisikoüberlegungen

aaa) Die für den Gläubigerverzug des Arbeitgebers relevanten Ursachen der Arbeitsunmöglichkeit

Nicht jedwede Arbeitsunmöglichkeit bietet zur Prüfung Anlaß, ob der Tatbestand arbeitgeberischen Gläubigerverzugs in Frage kommt. Es ist vielmehr allein darauf abzustellen, ob die Arbeitsunmöglichkeit auf der Nichtannahme beruht. Ist das nicht der Fall, liegt von vorneherein kein Gläubigerverzug vor, sondern es sind sofort die Unmöglichkeitsregeln anzuwenden (§ 297), in deren Rahmen es durchaus auch schon auf diesem direkten Weg zu Betriebsrisikoüberlegungen kommen kann. Beruht die Arbeitsunmöglichkeit auf der Nichtannahme der Arbeitsleistung, so kann sich ein weiterer Weg zu den Unmöglichkeitsregeln und damit zu Betriebsrisikoüberlegungen ergeben. Dabei ist aber stets zunächst zu untersuchen, ob es sich nicht um Annahmeverzug handelt. Das soll jetzt näher erörtert werden.

bbb) Die auf der Nichtannahme beruhende Arbeitsunmöglichkeit

Wenn die Arbeitsunmöglichkeit auf der Nichtannahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber beruht, kann das verschiedene Ursachen haben:

(1) Es kann sein, daß der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annehmen w i l l , den Tatbestand der Nichtannahme also bewußt herbeiführt. Das ist der typische Fall des Gläubigerverzugs des Arbeitgebers, und er dürfte auch wohl zu der praktisch häufigsten Anwendung der Gläubigerverzugsregeln im Arbeitsverhältnis führen.

(2) Es kann aber auch sein, daß der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annehmen k a n n . Dabei ist nach den oben[1] dargelegten Grundsätzen über die Nachholbarkeit im Arbeitsverhältnis[2] zu unterscheiden, ob es sich um einen bloß vorübergehenden[3] oder um einen dauernden Zustand handelt:
(a) Handelt es sich um v o r ü b e r g e h e n d e Nichtannahme, ist also die Annahme der Arbeitsleistung nachholbar, liegt Gläubigerverzug des Arbeitgebers vor (atypischer Fall).
(b) Bei d a u e r n d e r Nichtannahme, wenn also die Annahme der Arbeitsleistung nicht mehr nachholbar ist, kommen dagegen nur die Unmöglichkeitsregeln zur Anwendung. Hier eröffnet sich dann der zweite (indirekte) Weg für Betriebsrisikoüberlegungen.

---

1) D IV, S. 78-85
2) Zwar handelt es sich hier nicht ausschließlich um Leistungen sondern eventuell auch um arbeitgeberische Obliegenheiten, dieser Unterschied bewirkt aber keine Abweichung, da es nur um die zeitliche Komponente des Verhaltens geht.
3) Zutreffend heißt es bei SOERGEL-SCHMIDT, § 299 Bem. 4, S. 333: "Vorübergehend ist eine kürzere Frist, deren Länge sich im Einzelfall nach den gesamten Umständen und nach Treu und Glauben bemißt."

Allein in diesem letzten Punkt liegt die Problematik einer Abgrenzung von Gläubigerverzug des Arbeitgebers und Arbeitsunmöglichkeit. Bei dieser Abgrenzung als solcher geht es noch gar nicht um das Betriebsrisiko sondern allein um die Nachholbarkeit der Arbeitsannahme. Erst wenn feststeht, daß die Annahme dauernd unmöglich ist, kommt es eventuell im Rahmen der Unmöglichkeitsregeln zu Überlegungen, wer das Betriebsrisiko zu tragen hat. Dann ist aber der Bereich des Gläubigerverzugsrechts bereits verlassen worden. Der dogmatische Ansatzpunkt für Betriebsrisikoüberlegungen liegt damit allein im Bereich der Unmöglichkeitsregeln. Die Betriebsrisikolehre hat also mit der Abgrenzung von Annahmeverzug und Unmöglichkeit nichts zu tun. Gegenteilige Ansichten übersehen, daß es sich bei dauernder Arbeitsannahmeunmöglichkeit nur scheinbar um eine im Rahmen des Gläubigerverzugs liegende Nichtannahme handelt, und daß dieser verzugsrechtliche Scheintatbestand tatsächlich ein reiner Unmöglichkeitstatbestand ist.

Im Rahmen des arbeitgeberischen Gläubigerverzugs bedarf es also keiner eigenen Stellungnahme zur Lösung der Betriebsrisikoproblematik. Trotzdem soll noch kurz angedeutet werden, daß die Lehre vom Betriebsrisiko durchaus ihre Berechtigung hat. Ihr dogmatischer Anknüpfungspunkt liegt allerdings allein in den §§ 323 - 325, und zwar in der Frage, was von wem zu vertreten ist. Dort sind derartige Risikoüberlegungen angebracht, und die Lehre vom Betriebsrisiko bietet sich geradezu als Regelungsmöglichkeit für die Frage des Vertretenmüssens an. Die Lehre vom Betriebsrisiko ist also praktisch nichts anderes als eine "Lehre vom Vertretenmüssen". Dazu ist nur erforderlich, daß man das Vertretenmüssen i.S. §§ 323 - 325 nicht auf schuldhafte Verletzung von Rechts-

pflichten und Obliegenheiten beschränkt, sondern daß man es mit BEUTHIEN[1] auf eine Verantwortung für in jeder Beziehung unverschuldete, ja sogar unverursachte, aber sphäreneigene Leistungsstörungen ausdehnt. Es steht nichts im Wege, eine solche Ausdehnung in einer Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts im Wege der Legalinterpretation vorzunehmen.

e) Die Rechtswidrigkeit des Beschäftigungsverzugs (Rechtfertigungsgründe)

Wie beim Arbeitsverzug gilt entsprechend auch hier der Grundsatz, daß die auf dem Verhalten des Arbeitgebers beruhende Verzögerung der Arbeitsleistung die Rechtswidrigkeit indiziert. Ausnahmen ergeben sich, wenn die Beschäftigungsverzögerung gerechtfertigt ist. Die wichtigsten Rechtfertigungsgründe sollen kurz erläutert werden.

aa) Die berechtigte Nichtannahme als Rechtfertigungsgrund

Ist der Arbeitgeber zur Nichtannahme der Arbeitsleistung berechtigt, kommen die Wirkungen des Gläubigerverzugs nicht zum Tragen. Eine solche Berechtigung wird sich regelmäßig aus dem Tarifvertrag ergeben, wie z.B. aus § 21 Abs. 3 Nr. 2 AO[2], wonach wegen Mangel an Absatz oder aus sonstigen betrieblich notwendigen Gründen Feier-

---

1) Zweckerreichung, § 3 B II 4 b, S. 87 f.
2) Arbeitsordnung für die im Rheinisch-Westfälischen Steinkohlenbergbau tätigen Arbeiter und Tarifangestellten i.d.F. des Tarifvertrags vom 4.7.1962 mit Änderungen 1963 und 1967

schichten eingelegt werden können[1]. Aber auch gesetzliche Bestimmungen oder einzelvertragliche Regelungen kommen als Rechtfertigung für die Nichtannahme in Betracht.

bb) Die Befolgung höherwertiger Pflichten oder die Wahrnehmung höherwertiger Interessen als Rechtfertigungsgrund

Kann der Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung nur unter Verstoß gegen hochwertige Pflichten vollziehen oder hindert ihn die Wahrnehmung hochwertiger Interessen an der Annahme, so kann ausnahmsweise auch in solchen Fällen die Nichtannahme gerechtfertigt sein. Bei der Einstufung als hochwertig ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen. Es gehören nur solche Pflichten oder Interessen dazu, die vom allgemeinen Rechtsempfinden als höherwertig gegenüber der Annahmeobliegenheit des Arbeitgebers angesehen werden, wie z.B. die die Gesundheit oder das Leben eines anderen betreffende Hilfeleistungspflicht oder öffentlich-rechtliche Pflichten und Aufgaben (Wehrpflicht, Schöffenpflicht, Wahlrechtsausübung usw.)[2], nicht jedoch Vertragspflichten gegenüber Dritten, da insoweit ein gradueller Wertunterschied zur Annahmeobliegenheit nicht besteht.

cc) Arbeitskampf als Rechtfertigungsgrund

Praktisch bedeutsam ist hier zunächst die Angriffsaussperrung im eigenen Betrieb. Eine dadurch bedingte vor-

---

1) Vgl. dazu zuletzt BAG, Urt. v. 6.11.1968 - 4 AZR 186/68 = AP Nr. 16 zu § 615 BGB Betriebsrisiko, mit zust. Anm. Alfred HUECK

2) Zur ähnlichen Frage der Pflichtenkollision bei Forderungsverletzungen vgl. LÖWISCH, AcP 165, 447-451

übergehende Nichtannahme der Arbeitsleistung wird jedoch nur gerechtfertigt, soweit es sich um eine kollektivrechtlich als rechtmäßig zu beurteilende Maßnahme handelt[1], denn aus Gründen der Kampfparität kann für die Aussperrung diesbezüglich nichts anderes gelten als für den Streik[2]. Unerheblich ist dabei, ob man der Aussperrung suspendierende oder lösende Wirkung zumißt[3].

Denkbar ist aber auch, daß Teilstreik im eigenen Betrieb oder Arbeitskämpfe in Drittbetrieben zur vorübergehenden Nichtannahme der Arbeitsleistung (atypischer Fall des Gläubigerverzugs) führen. Dabei handelt es sich jedoch um ganz seltene Ausnahmefälle, weil dann, wenn es im drittbetroffenen Betrieb zur Beschäftigungsablehnung kommt, regelmäßig bereits technische Unmöglichkeit vorliegt[4]. Da somit die Frage der Rechtmäßigkeit einer durch fernwirkenden Arbeitskampf bedingten Nichtannahme für den Beschäftigungsverzug praktisch keine Bedeutung hat, soll dem Problem nicht weiter nachgegangen werden.[5]

---

1) Zur insoweit h. Einheitstheorie vgl. die Nachweise oben S. 101, FN 3
2) Vgl. BROX-RÜTHERS, § 12 III, S. 220
3) Vgl. zu diesem Streit insbesondere: BAG, VB v. 3.9. 1968 - 1 AZR 113/68 ("Croupiers-Fall") = AP Nr. 39 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, m. Anm. NIPPERDEY/SÄCKER; neuerdings auch BAG GS, Beschl. v. 20.4.71; BROX, Festschr. Nipperdey 1965 II, S. 55-77; BROX-RÜTHERS, § 12 IV, S. 222 ff.; REUSS, ArbuR 1969, 129 ff.; RICHARDI, RdA 1970, S. 65 ff.; RÜTHERS, DB 1969, 967 ff.; BEUTHIEN, JZ 1969, 629 ff. Für die Abwehraussperrung sehen allerdings NIPPERDEY/SÄCKER, a.a.O., Bl. 6 R, einen engen Zusammenhang mit dem Problem der Rechtswidrigkeit.
4) Vgl. LÖWISCH, RdA 1967, S. 50, r. Sp. vor 4
5) Zur Vertiefung vgl. die Nachweise oben S. 166, FN 5

f) Die Dauer des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung

Voraussetzung des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung ist das Bestehen der Arbeitspflicht auf Grund eines wirksamen Vertrages. Wird der Arbeitsvertrag ordnungsgemäß aufgelöst oder findet er sein Ende durch Zeitablauf, so endet mangels weiterer Arbeitspflicht damit ex nunc auch der Gläubigerverzug des Arbeitgebers.[1)]

Bei bestehendem Arbeitsverhältnis endet der Gläubigerverzug ex nunc durch nachträgliche Annahme der Arbeitsleistung, insbesondere also durch Zurücknahme einer unwirksamen Kündigung[2)], durch Weiterbeschäftigung zu den bisherigen vertraglichen Bedingungen[3)], durch Vornahme einer sonstigen erforderlichen Mitwirkungshandlung oder durch Erfüllung einer wesentlichen Arbeitnehmerschutzvorschrift. Wegen der ex-nunc-Wirkung dieser Handlungen ist es nicht korrekt, dabei von "Heilung" des Annahmeverzugs[4)] zu sprechen. Dieser Ausdruck erweckt leicht den Anschein einer ex tunc wirkenden Beseitigung, wovon mit Ausnahme der im Verzugsrecht nahezu alles ermögli-

---

1) Vgl. dazu und auch zum Folgenden: STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 23 ff., S. 1397 f.
2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 34 III 3 Abs. 1, S. 219
3) Vgl. BAG, Urt. v. 10.4.1963 - 4 AZR 95/62 = AP Nr. 23 zu § 615 BGB (m. Anm. HERSCHEL), Ls. 2 und Bl. 2 Abs. 2
4) So aber: STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, a.a.O., Bem. 24 Mitte; ERMAN-KÜCHENHOFF, § 615 Bem. 4, S. 1289 f. Anders BAG, Urt. v. 18.8.1961 - 4 AZR 132/60 = AP Nr. 20 zu § 615 BGB (m. Anm. ZÖLLNER), Bl. 1 R Abs. 2, wonach für den Fall, daß die Arbeitsleistung während des Annahmeverzugs unmöglich wird, dieser zwar nicht "geheilt" wird, wohl aber mit dem Eintritt der Unmöglichkeit endet.

chenden Vereinbarung in keinem Fall die Rede sein kann. Um Heilung kann es sich aber z.B. bei nachträglich vereinbarter Werkbeurlaubung handeln.

Wird die Arbeitsleistung während des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung unmöglich, endet der Beschäftigungsverzug. Mit der Annahme einer unmöglichen Arbeitsleistung kann der Arbeitgeber nicht mehr säumig sein. Als Unmöglichkeitsgründe kommen dabei sowohl die nicht auf der Nichtannahme beruhende Arbeitsunmöglichkeit (direkter Weg) als auch diejenige Unmöglichkeit in Betracht, die auf dauerndem Nichtannehmenkönnen des Arbeitgebers beruht (indirekter Weg). Beide Unmöglichkeitsgründe können also nachträglich hinzutreten, nachdem vorher durch Nichtannehmenwollen oder vorübergehendes Nichtannehmenkönnen zunächst Beschäftigungsverzug eingetreten war. Bei diesem nachfolgenden Unmöglichkeitseintritt taucht die Frage nach der Abgrenzung von § 615 zu § 324 Abs. 2 auf, die unten beim Übergang der Vergütungsgefahr auf den Arbeitgeber[1] zu erörtern sein wird.

Praktische Bedeutung erlangt diese nachfolgende Unmöglichkeit insbesondere durch den Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages während des Annahmeverzugs des bisherigen Arbeitgebers. Beseitigt bei derartiger Sachlage der bisherige Arbeitgeber den Annahmeverzug[2], kann der

---

1) Dazu unten 3 c bb, S. 188-193

2) Alfred HUECK in HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., Abs. 2, S. 220, spricht hier von Heilung. Dagegen MOHNEN in STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, a.a.O., Bem. 27, S. 1398, der den Annahmeverzug dann erst mit der Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses enden lassen will. Der Streit ist bedeutungslos, da jedenfalls § 324 Abs. 2 gilt.

Arbeitnehmer der "alten" Arbeitspflicht wegen seiner neuen Tätigkeit möglicherweise nicht nachkommen. Dabei liegt dann hinsichtlich der alten Arbeitspflicht Schuldnerverzug oder Unmöglichkeit vor[1], je nachdem, ob sie nachholbar ist oder nicht. Die Nachholbarkeit wiederum kann eng mit der Lösungsmöglichkeit vom neuen Arbeitsverhältnis zusammenhängen. Eine Schuldnerverzugs- oder Unmöglichkeitssanktion trifft den Arbeitnehmer aber nur, wenn er eine etwa im Verhältnis zur voraussichtlichen Dauer des Annahmeverzugs zu lang bemessene Lösungsmöglichkeit zu vertreten hat (§§ 285, 282). Da es um Handlungen während des arbeitgeberischen Gläubigerverzugs geht, hat der Arbeitnehmer gemäß § 300 Abs. 1 die Länge der Lösungsmöglichkeit nur zu vertreten, wenn er sie vorsätzlich oder grob fahrlässig ausbedungen hat[2].

2. Der Tatbestand des Schuldnerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung

Der Beschäftigungsverzug hat auch eine schuldnerverzugsrechtliche Erscheinungsform, die auf der grundsätzlichen Anerkennung der Beschäftigungspflicht beruht. Die praktische Bedeutung dieses Tatbestands ist jedoch ebenso gering, wie die des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtarbeit[3]. Er wird daher meistens nur am Rande erwähnt[4], so daß auch hier einige Hinweise auf das Wesentliche genügen mögen.

---

1) Alfred HUECK, a.a.O., erwähnt nur den Verzug
2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 220, FN 36
3) Dazu oben, S. 103
4) Vgl. z.B. FABRICIUS, Leistungsstörungen, F II 1 a, S. 98

Mit dem oben[1] gegebenen Schuldnerverzugsbegriff erfaßt dieser Tatbestand die rechtswidrige, vom Arbeitgeber zu vertretende Verzögerung der Beschäftigungspflicht. Elemente dieser Verzugsform sind damit die Beschäftigungsverzögerung, die Rechtswidrigkeit dieser Verzögerung und die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für die Verzögerung.

Für die Abgrenzung der arbeitgeberischen Beschäftigungsverzögerung zu den anderen Leistungsstörungsarten sind die oben[2] für den allgemeinen Schuldnerverzug aufgezeigten Gesichtspunkte maßgebend. Um arbeitgeberische Beschäftigungsverzögerung[3] handelt es sich also nur, wenn die Beschäftigung nachholbar ist. Auch muß Nichtbeschäftigung vorliegen, da bei eventuell denkbarer Schlechtbeschäftigung entweder Gläubigerverzug vorliegt oder hilfweise die PVV eingreift. Um Gläubigerverzug als Folge von Schlechtbeschäftigung handelt es sich z.B., wenn der Arbeitgeber einem Leistungslohnarbeiter nicht genügend Arbeit zuweist oder wenn er nicht hinreichend für das Arbeitssubstrat (Rohstoffe, Werkzeuge usw.) sorgt oder unzureichende oder gar falsche Anweisungen gibt[4].

Für die Rechtswidrigkeit gelten die obigen[5] Ausführungen zum Gläubigerverzug bei vorübergehender Nichtbeschäftigung. Unabhängig davon, ob die Rechtswidrigkeit am Handlungsunrecht oder am Erfolgsunrecht zu messen ist, kann

---

1) C IV 1, S. 37
2) C IV 3, S. 41-46
3) Die arbeitnehmerische Beschäftigungsverzögerung ist oben unter E III 2, S. 103, erwähnt
4) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 43 V, S. 322
5) E V 1 e, S. 171 ff.

dasselbe Verhalten des Arbeitgebers nicht als Gläubigerverzug rechtmäßig, als Schuldnerverzug aber rechtswidrig sein.

Im Streitfall hat der Arbeitgeber zu beweisen (§§ 285, 276-279), daß ihn an der Verzögerung hinsichtlich seiner Beschäftigungspflicht kein Verschulden trifft. Ist die Verzögerung unverschuldet, hat der Arbeitnehmer keine Ansprüche aus Schuldnerverzug bei vorübergehender Nichtbeschäftigung. § 615 regelt nur Rechtswirkungen des Gläubigerverzugs, die §§ 323 ff. betreffen Wirkungen auf die Gegenleistung, die aber zur Beschäftigungspflicht nicht existiert. Daher sind hier weder § 615 noch die §§ 323 ff. anwendbar[1].

3. Die Rechtsfolgen des Beschäftigungsverzugs (Arbeitnehmerrechte)

a) Allgemeines

Die Wirkungen des Gläubiger- und Schuldnerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung ergeben sich aus verschiedenen Gesetzesstellen. Bei der Geltendmachung ihm daraus erwachsender Rechte muß der Arbeitnehmer aber stets das Kündigungsschutzgesetz beachten. Dieses Gesetz ist neuerdings bereits auf 18jährige Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 1 KSchG) sowie auf die meisten leitenden Angestellten (§ 14 Abs. 2 KSchG) anzuwenden[2]. Es bietet dem Arbeitnehmer nicht nur Schutz gegen unwirksame Entlassung sondern legt ihm auch gewisse Obliegenheiten zur Erhal-

---

1) Vgl. KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 138 vor c
2) Vgl. dazu HROMADKA, NJW 1969, S. 1641 unter I 1

tung seiner Ansprüche auf. So muß ein unter das Kündigungsschutzgesetz fallender Arbeitnehmer innerhalb einer Frist von drei Wochen Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung erheben, da sonst die Kündigung als von Anfang an wirksam gilt (§§ 13 Abs. 1 Satz 2, 4 Satz 1, 7 KSchG mit Ausnahmen in § 13 Abs. 2 und 3).

Unter den durch Beschäftigungsverzug erzeugten Rechten steht ganz im Vordergrund die Regelung des § 615 (dazu sogleich unter b), aber auch dem Übergang der Vergütungsgefahr auf den Arbeitgeber nach § 324 Abs. 2 (dazu unten c) kommt erhebliche Bedeutung zu. Eingegangen wird schließlich noch auf das Verhältnis von Beschäftigungsverzug und Urlaubsanspruch (unten d) sowie auf Lösungs-, Weigerungs- und Ersatzrechte (unten e), dies wegen der geringen Bedeutung des Schuldnerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung jedoch nur in gedrängter Form.

Der Beschäftigungsverzug bewirkt keine Aufhebung des Arbeitsvertrags. Man kann auch nicht davon ausgehen, daß er dazu nötigt, die Arbeitsleistung als bewirkt ansehen zu müssen[1]. Überhaupt gelten auch für den Beschäftigungsverzug die allgemeinen gläubigerverzugsrechtlichen Rechtsfolgen. Er führt also gemäß § 300 Abs. 1 zur Haftungserleichterung für den Arbeitnehmer, so daß dieser es nicht zu vertreten hat, wenn ihm während des Beschäftigungsverzugs die Arbeitsleistung infolge leichter Fahrlässigkeit unmöglich wird. Auch kann der Beschäftigungsverzug eventuell einen Mehraufwendungsersatzanspruch des Arbeitnehmers nach § 304 auslösen, der beispielsweise auf Ersatz der Fahrtkosten für den Hin- und Rückweg zur Arbeitsstelle geht.

---

1) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 29, S. 1398

b) Die Bedeutung des § 615

aa) Seine Voraussetzungen

Der Anwendungsbereich des § 615 ist auf den Tatbestand des Gläubigerverzugs bei vorübergehender Nichtannahme beschränkt. Die in dieser Bestimmung enthaltene Bezugnahme auf den Annahmeverzug ist damit so zu interpretieren, daß § 615 nur anwendbar ist, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annehmen will oder dies vorübergehend nicht kann. Praktisch ganz im Vordergrund stehen die Fälle, in denen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigen will[1] und ihn deshalb unberechtigt fristlos entläßt. Ist dem Arbeitgeber die Arbeitsannahme dauernd unmöglich, kommt § 615 nicht zur Anwendung[2], es darf sich also höchstens um vorübergehende Annahmeunmöglichkeit und nachholbare Arbeitsleistung handeln[3].

Allgemein wird anerkannt, daß von der Regelung des § 615 in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder Einzelverträgen abgewichen werden kann, so daß im Einzelfall möglicherweise Anwendungseinschränkungen bestehen. Diese sind eventuell aber auch vom Gesetzgeber in Sonderbestimmungen vorgenommen. Eine derartige, den § 615 verdrängende Spezialvorschrift ist § 12 Abs. 1 Nr. 2 a BBiG[4] Dort wird dem Auszubildenden ein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung bis zu sechs Wochen gewährt, wenn er sich für die Berufsausbildung bereithält, diese aber aus-

---

1) Vgl. FABRICIUS, Leistungsstörungen, F II 2 a, S. 99
2) Vgl. BEUTHIEN, Zweckerreichung, § 10 X 2, S. 246 f.
3) Vgl. BEUTHIEN, a.a.O., unter 1 und 3
4) Berufsbildungsgesetz vom 14.8.1969, BGBl. I, S. 1112

fällt. Dieser Anspruch ist unabdingbar (§ 18 BBiG). Der Auszubildende hat also wegen seines für sechs Wochen gesicherten Anspruchs und wegen dessen Unabdingbarkeit eine stärkere Stellung als nach § 615 BGB[1].

bb) Seine drei Funktionen

(1) Nach § 615 Satz 1 ist der Arbeitnehmer zur Nachleistung der auf die Dauer des Beschäftigungsverzugs entfallenden Arbeitsleistung nicht verpflichtet. Diese B e f r e i u n g s f u n k t i o n beruht auf dem Grundgedanken, daß menschliche Arbeitskraft wegen ihrer Zeitgebundenheit nicht gehortet werden kann, und deshalb bei Nachleistung eigentlich ein anderer Teil der Arbeitskraft verwendet wird, als ursprünglich vorgesehen war[2]. Rechtstechnisch ist § 615 Satz 1 insoweit als (von Amts wegen zu beachtende) rechtsvernichtende Einwendung gegenüber einem vom Arbeitgeber geltend gemachten Nachleistungsanspruch anzusehen.

(2) Beim Beschäftigungsverzug bewirkt § 615 Satz 1 außerdem, daß dem Arbeitnehmer trotz Nichtarbeit der ursprüngliche echte vertragliche Vergütungsanspruch erhalten bleibt. Ein Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen (§ 304) besteht daneben aber nicht, da der Arbeitnehmer durch den Beschäftigungsverzug keinen Vorteil gegenüber der Lage beim ungestörten Ablauf des Arbeitsverhältnisses haben soll. Statt Mehraufwendungsersatz erhält der Arbeitnehmer vollen Vergütungsausgleich. Auf Grund dieser A u s g l e i c h s f u n k t i o n [3] kann in § 615 Satz 1

---

1) Vgl. NATZEL, DB 1970, 2271 ff. unter 10
2) Vgl. BEUTHIEN, a.a.O. unter 4, S. 247
3) Ausdruck nach BEUTHIEN, a.a.O. unter 5, S. 248, nebst Überschrift im Inhaltsverzeichnis, S. XIX

eigentlich keine echte Anspruchsgrundlage für Vergütung gesehen werden. Die Bestimmung dient vielmehr lediglich der Klarstellung, daß der Beschäftigungsverzug den vertraglich begründeten Vergütungsanspruch unberührt läßt. Der so aufrechterhaltene Anspruch wird deshalb genauso fällig, als wenn tatsächlich Arbeit geleistet worden wäre[1]. Er ist kein Schadenersatzanspruch[2], auch nicht bei der Leistungsvergütung (Akkord etc.). Dort kann der Arbeitnehmer den Betrag verlangen, den er mutmaßlich durch tatsächliche Arbeit verdient hätte[3]. Die Ausgleichsfunktion besteht aber nicht uneingeschränkt sondern wird überlagert durch die anschließend zu erörternde Minderungsfunktion des § 615 Satz 2.

(3) Eingeschränkt wird der durch § 615 Satz 1 aufrechterhaltene Vergütungsanspruch allerdings durch die M i n d e r u n g s f u n k t i o n des § 615 Satz 2. Danach kommt in Anrechnung, was der Arbeitnehmer infolge des Unterbleibens der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Angerechnet wird also zunächst, was der Arbeitgeber auf Grund der Nichtarbeit erspart hat. Dazu gehören z.B. die Fahrtkosten[4]. Stets muß jedoch die Nichtarbeit kausal für die Aufwendungsersparnis sein, was z.B. nicht

---

1) Vgl. BAG, Urt. v. 8.1.1970 - 5 AZR 124/69 = NJW 1970, 1472 Ls. b; BAG, Urt. v. 10.4.1963 - 4 AZR 95/62 = AP Nr. 23 zu § 615 BGB, Ls. 3 und Bl. 2 R, m. Anm. HERSCHEL; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 4, 1393
2) Vgl. statt anderer: STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, a.a.O., Bem. 2
3) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 28, S. 1398; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 43 VI, S. 323
4) Vgl. BROX, Schuldrecht BT, § 17 III 2 a, S. 127, Rdnr. 246

der Fall ist, wenn der Arbeitnehmer während des Beschäftigungsverzugs seine Hausangestellte entläßt und die Hausarbeit selbst erledigt[1].

Angerechnet wird auch, was der Arbeitnehmer durch anderweitige Arbeit verdient hat und was ihm an öffentlich-rechtlichen Leistungen infolge Arbeitslosigkeit aus der Sozial- oder Arbeitslosenversicherung sowie der Arbeitslosen- oder Sozialhilfe während des Beschäftigungsverzugs gezahlt wurde. Der Rechtsgedanke des § 11 Nr. 3 KSchG ist hier anwendbar[2]. Nebenverdienste, die auch bei Leistung der ausgefallenen Arbeit angefallen wären, bleiben außer Ansatz[3]. Es ist also eine gewisse Kausalität zwischen Beschäftigungsverzug und zusätzlichen Einkünften des Arbeitnehmers erforderlich. Nicht dagegen ist notwendig, daß es sich um gleichartige Arbeiten handelt; auch bei vollkommen anders gearteter Arbeit (z.B. selbständiger Tätigkeit) findet die Anrechnung statt[4].

Angerechnet wird schließlich, was der Arbeitnehmer während des Beschäftigungsverzugs böswillig zu erwerben unterläßt. Im Mittelpunkt steht dabei der Begriff der Böswilligkeit, um den sich eine umfangreiche Kasuistik gebildet hat[5]. Allgemein ist seit der Entscheidung des BAG

---

1) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 33, S. 1399
2) Vgl. für § 9 KSchG a.F.: STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, a.a.O., Bem. 35 a
3) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 44 II 2, S. 326 unten; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, a.a.O., Bem. 34 und 39
4) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, a.a.O.; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, a.a.O., Bem. 40
5) Vgl. die Entscheidungen in AP zu § 615 und zu § 615 Böswilligkeit; außerdem die Fundstellen in den Fundheften für Arbeitsrecht, jeweils Teil F I 13 g

vom 18.10.1958[1] geklärt, daß dazu keine Schädigungsabsicht des Arbeitnehmers gehört, sondern daß es genügt, wenn dem Arbeitnehmer ein seinen Willen treffender Vorwurf gemacht werden kann, er habe objektiv (1.) trotz anderer Arbeitsmöglichkeit und (2.) trotz Zumutbarkeit der anderen Arbeit und (3.) trotz Nachteilsfolge für den Arbeitgeber und subjektiv in Kenntnis aller dieser Umstände nicht gearbeitet[2]. Von den objektiven Voraussetzungen ist dabei die Zumutbarkeit anderer Arbeit, die auch vom Gesetzgeber in § 11 Nr. 2 KSchG ausdrücklich als Anrechnungsvoraussetzung genannt wird, besonders problematisch. Der Begriff der Zumutbarkeit entzieht sich einer exakten begrifflichen Erfassung[3]. Was zumutbar ist, läßt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach Treu und Glauben bestimmen[4]. Die subjektive Komponente der Böswilligkeit besteht aus positiver Kenntnis von sowohl der anderweitigen zumutbaren Arbeitsmöglichkeit als auch von den durch die Unterlassung bedingten Nachteilsfolgen für den Arbeitgeber. Hinsichtlich der drei objektiven Merkmale muß der Arbeitgeber also beweisen, daß der Arbeitnehmer mit unbedingtem Vorsatz die andere Arbeit unterlassen hat; bedingter Vorsatz genügt nicht. Auch handelt es sich bei dem vom Arbeitgeber zu beweisenden Vorsatz um eine individuelle Entschließung des Arbeitnehmers, die dem Anscheinsbeweis

---

1) 2 AZR 291/58 = BAG 6 (1959), 306-311; bestätigt durch BAG, Urt. v. 18.1.63 - 5 AZR 200/62 = BAG 14 (1964), 31 (36 f. unter 4); erneut bestätigt durch BAG, Urt. v. 18.6.1965 - 5 AZR 351/64 = AP Nr. 2 zu § 615 Böswilligkeit, Bl. 2, mit Anm. Alfred HUECK

2) Vgl. HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 327; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615, Bem. 41, S. 1400; ERMAN-KÜCHENHOFF, § 615 Bem. 3, S. 1289

3) Vgl. HERSCHEL, ArbuR 1968, 193 ff. (205 f.)

4) Vgl. BROX, a.a.O., oben S. 182, FN 4; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, a.a.O.; BAG 6, 309 (weitere Angaben oben FN 1)

regelmäßig unzugänglich ist[1]; ein bloßer Hinweis des Arbeitgebers auf die gute Arbeitsmarktlage in einem bestimmten Wirtschaftsraum genügt daher nicht, um einen Vergütungsanspruch über § 615 Satz 2 zu Fall zu bringen.

Bei Prüfung der Böswilligkeitsvoraussetzungen bedarf es stets einer umfassenden Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Neben dem vorausgegangenen Verhalten des Arbeitgebers kommt insbesondere auch dem Grundrecht der freien Arbeitsplatzwahl (Art. 12 Abs. 1 GG) Bedeutung zu. Dieses dem § 615 Satz 2 vorgehende Grundrecht würde in unzulässiger Weise beschränkt, wenn durch zu geringe Anforderungen an die Böswilligkeitsvoraussetzungen der Arbeitnehmer zur Annahme einer anderen Stellung genötigt würde, die er bei vernünftiger Erwägung normalerweise nicht angenommen hätte[2].

Über diese gebotene enge Auslegung des Begriffs der Böswilligkeit hinaus wird neuerdings eine Abschaffung des § 615 Satz 2 de lege ferenda gefordert[3]. Es heißt, nicht den Arbeitnehmer, der sich gegen das ihm von seinem Arbeitgeber angetane Unrecht durch eine Klage vor dem Arbeitsgericht wehrt und vor dessen Entscheidung keine andere Stellung annimmt, treffe der Vorwurf der Böswilligkeit, sondern der böse Wille sei in solchen Fällen gerade auf der Seite des pflichtvergessenen Arbeitgebers zu suchen. Insofern verstoße § 615 Satz 2 geradezu gegen die guten Sitten. Auch mache sich die demoralisierende Auswirkung dieser Bestimmung deutlich darin bemerkbar,

---

1) Vgl. zum Ganzen insbesondere LAG Frankfurt/Main, Urt. v. 28.5.1969 - 4 Sa 41/69 = DB 1969, 2089
2) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, a.a.O., a.E.; HOPPE, BB 1967, S. 1494 oben
3) So: FISCHER, BB 1969, 365 f.

daß Schutzbehauptungen des Arbeitnehmers, er habe sich um eine andere Tätigkeit bemüht, eine ihm zusagende neue Stellung aber nicht gefunden, im allgemeinen kaum zu widerlegen seien. Schließlich stehe § 615 Satz 2 in direktem Widerspruch zu § 242, wonach der Arbeitnehmer jede der dem Arbeitgeber versprochenen Leistung zuwiderlaufende Tätigkeit zu unterlassen und außerdem seinem Arbeitgeber die Treue zu halten habe.

Diese Argumente für eine Abschaffung des § 615 Satz 2 sind jedoch nicht stichhaltig. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit ist als bloßes obiter dictum erhoben. Er geht aber auch am Kern der Regelung vorbei, da es nicht auf die Böswilligkeit des Arbeitgebers hinsichtlich der fristlosen Entlassung sondern auf die Böswilligkeit des Arbeitnehmers bezüglich einer anderen Tätigkeit ankommt. Der Vorwurf demoralisierender Wirkung arbeitnehmerischer Schutzbehauptungen geht ebenfalls ins Leere. Bei wahrheitswidrigem Vortrag im Prozeß können solche Behauptungen zwar ein Verstoß gegen die Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO) sein, solche Verstöße sind jedoch ein allgemeiner alltäglicher Vorgang, der aus dem System unserer gesamten Prozeßordnung und insbesondere aus den Beweisregeln resultiert. Mit diesem allgemeinen Argument kann ein speziell den § 615 Abs. 2 treffender Angriff also nicht gerechtfertigt werden. Schließlich steht diese Bestimmung nicht im Widerspruch zu § 242 sondern ist geradezu als dessen Ausfluß anzusehen. Von einem auf Grund der Treuepflicht bestehenden Verbot, der Arbeitnehmer dürfe nach unwirksamer Entlassung keine andere Tätigkeit ausüben, kann nicht die Rede sein. Wenn es genügend offene andere Stellen gibt, wird er sich regelmäßig auch kaum um ein eventuelles derartiges Verbot kümmern. Darüber hinaus besteht aber auf Grund der Treue-

pflicht jedenfalls das Gebot an den Arbeitnehmer, während des Beschäftigungsverzugs nicht auf Kosten des Arbeitgebers einen Gewinn zu machen. Das ist der gesetzgeberische Grundgedanke zu § 615 Satz 2[1)], der deshalb -- bei Beachtung der gebotenen engen Auslegung - durchaus seine Berechtigung hat.

c) Der Übergang der Vergütungsgefahr auf den Arbeitgeber

aa) Der arbeitsrechtliche Regelungsgegenstand des § 324 Abs. 2

Abgesehen zunächst einmal von § 615 besagt § 324 Abs. 2 i.V. mit Abs. 1, daß der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch behält, wenn die Arbeitsleistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der Arbeitgeber im Beschäftigungsverzug ist; genau wie bei § 615 Satz 2 hat dabei nach § 324 Abs. 1 Satz 2 die bereits erörterte Anrechnung stattzufinden. Besonders kommt hier die Haftungserleichterung des § 300 Abs. 1 zur Geltung, so daß der Vergütungsanspruch nach § 324 Abs. 2 auch bestehen bleibt, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsunmöglichkeit selbst leicht fahrlässig herbeiführt. Da § 324 Abs. 2 ebenso wie § 615 die Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs beim Beschäftigungsverzug regelt, liegt die Frage nach dem Verhältnis beider Bestimmungen nahe.

---

1) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 38, S. 1399

bb) Das Verhältnis des § 324 Abs. 2 zu § 615

(1) § 324 Abs. 2 und § 615 scheinen sich zu überschneiden. Zur Abgrenzung werden verschiedene Meinungen[1] vertreten:
LOTMAR[2], MOHNEN[3] und ZÖLLNER[4] schließen aus dem Wort "infolge" in § 615, daß diese Bestimmung bei Kausalität zwischen Annahmeverzug und Arbeitsunmöglichkeit auch für die Zeit nach Unmöglichkeitseintritt gelte, wogegen die Fälle, in denen die Unmöglichkeit unabhängig vom Annahmeverzug eintritt, durch § 324 Abs. 2 geregelt würden.
Nach Alfred HUECK[5], SCHOETZAU[6] und ZÖLLNER[7] soll auch § 324 Abs. 2 zwar nicht nach dem Wortlaut, wohl aber nach seinem Sinn voraussetzen, daß die Unmöglichkeit der Leistung "infolge" des Annahmeverzugs eingetreten ist. Der entgegenstehende Wortlaut erkläre sich wohl daraus, daß die Bestimmung nicht auf Dauerleistungen sondern auf einmalige Leistungen zugeschnitten sei, für welche diese Frage nicht auftauche.
SCHNORR v. CAROLSFELD[8] wendet den § 324 Abs. 2 nur auf den Zeitabschnitt an, der zwischen Eintritt des Annahmeverzugs und Eintritt der Unmöglichkeit liegt.
THUME[9] sieht für die Anwendung des § 324 Abs. 2 im Rahmen des Arbeitsvertragsrechts überhaupt keinen Raum

---

1) Ältere Zitate sind teilweise nicht aufgeführt, finden sich aber bei THUME, S. 161-163
2) Arbeitsvertrag II, S. 307 f. und 363
3) In STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 615 Bem. 27, S. 1398
4) Anm. I 2 a zu BAG in AP Nr. 20 zu § 615 BGB, Bl. 3
5) In HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch I, § 44 II 3 c, S. 328 mit FN 14
6) § 10 I, S. 69
7) a.a.O. unter b
8) Arbeitsrecht, S. 222 unter 5 a beta
9) In seiner Dissertation S. 164-167

mehr. Er stützt diese These mit der Behauptung, der Annahmeverzug könne bei der Arbeitsleistung immer nur insoweit eintreten, als die Leistung gerade im jeweiligen Augenblick erbracht werden könnte. Ein vormittägliches Angebot des Arbeitnehmers erstrecke sich also nur auf den Arbeitsbeginn und nicht auf den ganzen Arbeitsabschnitt, so daß hinsichtlich des zukünftigen, nunmehr unmöglich gewordenen Leistungsteils ein Annahmeverzug überhaupt noch nicht begonnen habe und deshalb § 324 Abs. 2 darauf keine Anwendung finden könne. Für die vor Unmöglichkeitseintritt liegende Annahmeverzugszeit komme diese Bestimmung nicht zum Tragen, da sämtliche Fälle, bei denen die Erfüllung der Arbeitsleistung lediglich an der Nichtannahme seitens des Arbeitgebers scheitert, bereits von § 615 erfaßt seien.
BEUTHIEN[1)] unterscheidet die nachholbare und die ihrer Art nach nicht nachholbare Arbeitsleistung. Für die nicht nachholbare Arbeitsleistung ergäben sich Abgrenzungsprobleme nur zwischen § 324 Abs. 1 und § 324 Abs. 2 , dagegen sollen sich bei nachholbarer Arbeitsleistung § 615 und § 324 Abs. 2 nur berühren, jedoch auch dann klar voneinander abgrenzbar sein. Bei bereits vor dem Leistungsangebot unmöglicher Arbeit könne Gläubigerverzug nicht mehr eintreten, es gelte entweder § 323 Abs. 1 oder § 324 Abs. 1. Bei während des Annahmeverzugs eintretender, nicht mit der Gläubigersäumnis zusammenhängender Unmöglichkeit der nachholbaren Arbeitsleistung ende der Gläubigerverzug. Für die Arbeit, die der Arbeitnehmer infolge des Annahmeverzugs nicht leisten konnte, bekomme er Entgelt nach § 615. Für die restliche vertraglich in Aussicht genommene Arbeitszeit greife § 324 Abs. 2 ein, was allerdings nur gelte, wenn die Arbeitsleistung

---

1) Zweckerreichung, § 10 X 6 und 7, S. 248 ff.

aus weder vom Schuldner noch vom Gläubiger zu vertretenden Gründen derart unmöglich geworden ist, daß der Schuldner sie auch künftig nicht erbringen kann. Bleibt die Arbeitsleistung für den Rest der Arbeitszeit erbringbar, erhalte der Schuldner nur Lohn, soweit er arbeitet (§§ 611, 614 Satz 1) oder der Gläubiger weiterhin im Annahmeverzug verharrt (§ 615).

(2) Die §§ 615 und 324 Abs. 2 setzen voraus, daß Beschäftigungsverzug eingetreten ist, wenn auch für eine noch so kurze Zeitspanne. Besteht bereits im Zeitpunkt des vorgesehenen tatsächlichen Arbeitsbeginns Arbeitsunmöglichkeit, und zwar entweder auf direktem oder auf indirektem Weg, so kommen beide Bestimmungen nicht zur Anwendung. Insoweit stellt Beuthien richtig auf die Nachholbarkeit der Arbeitsleistung ab. Weder ihm noch Thume kann aber zugestimmt werden, wenn sie vom Arbeitsangebot ausgehen, da ein solches im Normalfall des aktiven Arbeitsverhältnisses, das hier allein behandelt werden soll, nicht erforderlich ist[1]. Da die Meinung Thumes sich ausschließlich auf eine besondere Konstruktion des Arbeitsangebots gründet und es auf ein solches aber gar nicht ankommt, ist diese Meinung unhaltbar, so daß ihr nicht weiter nachgegangen zu werden braucht. Dagegen hat bei Beuthien das Arbeitsangebot keine tragende Funktion sondern wird nur am Rande erwähnt, so daß dadurch der sachliche Kern seiner Ansicht nicht berührt wird. In diesem sachlichen Kern enthält seine Meinung aber auch die richtige Abgrenzung von § 324 Abs. 2 und § 615, was im folgenden unter Wertung der restlichen Meinungen erläutert werden soll.

---

1) Vgl. oben E V 1 c cc, S. 145 - 161, insbesondere unter aaa (5), S. 154 ff.

Gesetzgeberischer Regelungszweck beider Bestimmungen ist aus arbeitsrechtlicher Sicht, daß der Arbeitnehmer beim Beschäftigungsverzug so stehen soll, wie wenn er die Arbeitsleistung vertragsgemäß, insbesondere also rechtzeitig hätte erbringen können. Diese Zeitbezogenheit beider Bestimmungen wird deutlich, wenn man sich den Beginn ihrer Anwendbarkeit im Hinblick auf den Zeitablauf vergegenwärtigt. § 615 setzt mit B e g i n n des Beschäftigungsverzugs ein, § 324 Abs. 2 dagegen erst dann, wenn der Beschäftigungsverzug infolge eintretender Arbeitsunmöglichkeit e n d e t . § 615 hat den Beschäftigungsverzug zur Voraussetzung, e n d e t also mit diesem, insbesondere deshalb mit eintretender Arbeitsunmöglichkeit. Gerade dann erst beginnt aber § 324 Abs. 2, und dieser e n d e t erst mit dem Erlöschen des arbeitsvertraglichen Vergütungsanspruchs. Die Regelungsbereiche beider Bestimmungen sind also ganz klar: § 615 für den Beschäftigungsverzug, § 324 Abs. 2 für die den Beschäftigungsverzug beendende Unmöglichkeit. So bleiben beide Vorschriften das, was sie sind: § 615 eine Vorschrift des Gläubigerverzugsrechts, § 324 Abs. 2 eine Norm des Unmöglichkeitsrechts.

Wer sich, wie Lotmar u.a., an das Wort "infolge" in § 615 klammert, oder wer, wie Hueck u.a., dieses Wort sogar in § 324 Abs. 2 hineininterpretieren will, verkennt den Sinn beider Regelungen. Die Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs nach § 615 hat als grundlegende, quasi im Vorfeld der Bestimmung liegende Voraussetzung den Beschäftigungsverzug. Weiterhin gilt die Aufrechterhaltung nach dem Wortlaut für die "infolge" dieses Verzugs nicht geleisteten Dienste. Hinzuzufügen wäre, wenn man den Unterschied zu § 324 Abs. 2 verdeutlichen wollte: "aber auch n u r für diese, nicht etwa auch für die infolge anderer

Störungen nicht geleisteten Dienste, da dafür ja schon allgemeine Bestimmungen (z.B. § 324 Abs. 2) vorhanden sind". Es ist auch unzutreffend[1], daß das Wort "infolge" sinngemäß in § 324 Abs. 2 hineinzulesen ist. Diese Vorschrift setzt nicht voraus, daß die Leistung infolge des Annahmeverzugs unmöglich wurde, sondern sie fordert gerade umgekehrt, daß der Annahmeverzug infolge der Unmöglichkeit der Leistung beendet wurde. Für diesen Fall war aber eine Regelung i.S. § 324 Abs. 2 nötig, da sonst der wegen des Annahmeverzugs nicht leisten könnende Schuldner bei Eintritt der Unmöglichkeit seiner Leistung mit leeren Händen (§ 323) dastehen würde.

Nach alledem wird völlig unverständlich, wieso Schnorr v. Carolsfeld den § 324 Abs. 2 nur auf den Zeitabschnitt zwischen Annahmeverzugs- und Unmöglichkeitseintritt anwenden will. Damit wird die Bestimmung genau ins Gegenteil verkehrt. Für diesen Zeitabschnitt ist normalerweise, also bei einmaligen Leistungen, eine Regelung nicht nötig, da die einmalige Leistungsfähigkeit ja durch Annahmeverzögerung als solche noch nicht geschmälert wird. Anders jedoch beim Arbeitsverhältnis, wo Beschäftigungsverzögerung sehr wohl eine Schmälerung der Arbeitsfähigkeit bewirken kann, wenn er zur Schmälerung der Erholungszeit führt. Wegen dieser funktionalen Einwirkung des Beschäftigungsverzugs auf die Arbeitsfähigkeit bedurfte es im Arbeitsverhältnis auch einer Regelung des Zeitraums zwischen Beschäftigungsverzugseintritt und darauf folgender Arbeitsunmöglichkeit; diese Regelung gibt § 615. § 324 Abs. 2 hat damit nichts zu tun.

Festzuhalten bleibt somit, daß § 615 die Zeitspanne vom Beginn des Beschäftigungsverzugs bis zum Eintritt der Arbeitsunmöglichkeit regelt; und daß von dort an für die

---

1) Wie BEUTHIEN, a.a.O., S. 249, FN 92, richtigerweise anmerkt

weitere vertraglich vorgesehene Arbeitszeit § 324 Abs. 2 eingreift, wenn die Arbeitsunmöglichkeit weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer (§ 300 Abs. 1!) zu vertreten ist. Die Unmöglichkeit dauert dabei aber nur solange, wie der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Von dem Zeitpunkt an, ab dem die Arbeit wieder möglich ist, erhält der Arbeitnehmer die Vergütung nur, soweit immer noch Beschäftigungsverzug vorliegt (Auswirkung wiederum von § 615) oder falls dieser beendet ist, soweit der Arbeitnehmer arbeitet (§ 611).

cc) § 324 Abs. 2 und Lohnfortzahlungsbestimmungen

Die Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs bei unverschuldetem Unglück oder Krankheit wird durch die §§ 616 BGB, 63 HGB, 133 c GewO und 1 ff. LFG[1)] sowie in Spezialgesetzen, wie z.B. § 90 a PrAllgBergG oder § 48 SeemannsG, geregelt. Da diese Bestimmungen praktisch einen besonderen Fall der Arbeitsunmöglichkeit betreffen, scheint dann, wenn das Unglück oder die Krankheit (Lohnfortzahlungsfall) während des Beschäftigungsverzugs eintreten, eine Kollision dieser Bestimmungen mit § 324 Abs. 2 vorzuliegen.

Von Kollision, also von einer Doppelregelung, kann aber keine Rede sein. § 324 Abs. 2 enthält nämlich für den Anwendungsbereich der Lohnfortzahlungsbestimmungen überhaupt keine Regelung. Das wird sofort deutlich, wenn man den gesetzgeberischen Grundgedanken der §§ 615, 324 Abs. 2 heranzieht. Danach soll der Arbeitnehmer beim Beschäftigungsverzug so stehen, als wenn er rechtzeitig hätte

---

1) "Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle und über Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung" vom 27.7.1969 (BGBl. I, S. 946) - Lohnfortzahlungsgesetz

arbeiten können[1], also nicht schlechter und nicht besser. Für die Zeit vom Beschäftigungsverzugseintritt bis zum Arbeitsunmöglichkeitseintritt erhält er deshalb nach § 615 die Vergütung nur für die infolge des Verzugs nicht geleistete Arbeit. Ab Arbeitsunmöglichkeitseintritt (Beginn des § 324 Abs. 2) kann er aber dann nicht mehr oder weniger bekommen als vorher, insoweit kommt auch die Meinung von Hueck u.a. trotz unhaltbarer Begründung zum richtigen Ergebnis[2]. Der Arbeitnehmer ist damit insgesamt nach Eintritt des Beschäftigungsverzugs hinsichtlich des Vergütungsanspruchs nicht anders gestellt als vorher im ungestörten Arbeitsverhältnis. Dort unterliegt der Vergütungsanspruch aber voll den Lohnfortzahlungsbestimmungen. Durch §§ 615 und 324 Abs. 2 wird der Vergütungsanspruch aber nur so aufrechterhalten, wie er vor Beschäftigungsverzugseintritt bestand. Damit ist klar, daß auch die dem Vergütungsanspruch stets latent immanente Regelung des § 323 nebst den diesen durchbrechenden Lohnfortzahlungsbestimmungen mit "aufrechterhalten", also gleichsam durch §§ 615 und 324 Abs. 2 in die Zeitspanne des Beschäftigungsverzugs übergeleitet werden. Das wird natürlich übersehen, wenn man den §§ 615 und 324 Abs. 2 den Charakter einer selbständigen Anspruchsgrundlage beimißt, den sie aber absolut nicht haben. Beachtet man diese Aufrechterhaltungsfunktion, kann es zu der Frage, ob etwa die Lohnfortzahlungsbestimmungen als Spezialgesetze zu § 615[3] oder zu § 324 Abs. 2 anzusehen sind, gar nicht kommen. Diese beiden Vorschriften regeln das zeitliche Risiko[4], d.h. die

---

1) Vgl. BEUTHIEN, § 10 X 6, S. 249
2) Vgl. BEUTHIEN, a.a.O., FN 92
3) Die Frage wird aufgeworfen und bleibt aus naheliegenden Gründen aber unbeantwortet bei HOPPE, BB 1967, S. 1492 r. Sp. vor III
4) Vgl. BEUTHIEN, § 10 X 6, S. 249

Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit durch Zeitablauf; die Lohnfortzahlungsbestimmungen dagegen betreffen das persönliche Risiko, d.h. die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit durch Einwirkungen auf die Person des Arbeitnehmers (Krankheit) oder auf seinen engsten persönlichen Bereich (Unglück). Ein Konkurrenzverhältnis zwischen diesen Regelungsbereichen besteht nicht.

Festzuhalten bleibt, daß es zu einer Anwendung des § 324 Abs. 2 nicht mehr kommen kann, wenn während des Beschäftigungsverzugs (Zeitspanne des § 615) ein Lohnfortzahlungsfall eintritt. Der dann zunächst nach § 615 aufrechterhaltene Vergütungsanspruch käme dann nach § 323 Abs. 1 mit dem Eintritt des Lohnfortzahlungsfalles zum Erlöschen, wenn er nicht durch die Lohnfortzahlungsbestimmungen aufrechterhalten würde. Diese Bestimmungen bewirken i.d.R. eine Aufrechterhaltung für sechs Wochen. Nach Ablauf dieser Zeit seit Eintritt des noch andauernden Lohnfortzahlungsfalles erlischt dann der Vergütungsanspruch spätestens und endgültig, auch wenn vorher Beschäftigungsverzug bestand.

Möglich ist natürlich, daß während des Beschäftigungsverzugs (Zeitspanne des § 615) zunächst Arbeitsunmöglichkeit aus anderen Gründen als Krankheit oder Unglück eintritt (Zeitspanne des § 324 Abs. 2), und es erst während dieser, jetzt auf § 324 Abs. 2 beruhenden Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs zum Eintritt eines Lohnfortzahlungsfalles kommt. Dann gilt das Gleiche, wie wenn dieser Fall direkt beim Beschäftigungsverzug eintritt: Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs für regelmäßig sechs Wochen ab Eintritt des Lohnfortzahlungsfalles, danach endgültiges Erlöschen wegen dann einsetzender Wirkung des § 323 Abs. 1.

d) Beschäftigungsverzug und Urlaubsanspruch

Im Bundesurlaubsgesetz ist der Erwerb des Urlaubsanspruchs nicht davon abhängig gemacht, daß tatsächlich Arbeit geleistet wurde. Der Urlaub kann sogar schon zu Beginn des Kalenderjahres genommen werden, wenn noch gar nicht feststeht, ob der Arbeitnehmer überhaupt für seinen jetzigen Arbeitgeber tatsächlich in der Folgezeit arbeiten kann. Auch die Zeiten der Erkrankung, sowohl außerhalb als auch während (§ 9 BUrlG) der Urlaubszeit, und Zeiten für Kuren und Schonung (§ 10 BUrlG) werden auf den Urlaub nicht angerechnet. Für den Beschäftigungsverzug enthält das Bundesurlaubsgesetz zwar keine ausdrückliche Regelung, wenn aber schon die eben genannten beim Arbeitnehmer liegenden persönlichen Gründe nicht zur Schmälerung des Urlaubs führen, dann kann dies erst recht nicht beim Beschäftigungsverzug der Fall sein, egal ob er darauf beruht, daß der Arbeitgeber nicht annehmen will oder vorübergehend nicht kann. Der Beschäftigungsverzug läßt den Urlaubsanspruch also unberührt, so daß der Arbeitgeber das volle Urlaubsentgelt oder im Fall der Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Urlaubsabgeltung zahlen muß[1]. Für die Berechnung des Urlaubsentgelts bleiben insbesondere Verdienstkürzungen, die in den letzten dreizehn Wochen vor dem Beginn des Urlaubs (Berechnungszeitraum) infolge von unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, außer Betracht (§ 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG). Insgesamt findet also weder eine Anrechnung der Zeit des Beschäftigungsverzugs auf den Urlaub statt, noch führt der Beschäftigungsverzug zu Schmälerung von Urlaubsentgelt oder Urlaubsabgeltung.

---

1) Vgl. BOLDT-RÖHSLER, § 3 BUrlG, Bem. 47, S. 176 m.w.N.

e) Die besonderen Wirkungen des Schuldnerverzugs bei vorübergehender Nichtbeschäftigung

(1) Die rechtswidrige und vom Arbeitgeber zu vertretende Beschäftigungsverzögerung führt zu einem Lösungsrecht des Arbeitgebers nur dann, wenn diese Verzögerung im Ergebnis der nach § 626 Abs. 1 vorgenommenen Interessenabwägung als wichtiger Grund anzusehen ist. Bei der Abwägung fällt besonders ins Gewicht, daß dem Arbeitnehmer gemäß §§ 615, 324 Abs. 2 der Vergütungsanspruch auch hier erhalten bleibt. Regelmäßig wird also ein wichtiger Grund und damit ein Lösungsrecht ausscheiden. Anders jedoch, wenn durch die Nichtausübung des Berufs die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers beeinträchtigt wird. Derartige Fälle sind für das Verzugsrecht aber kaum denkbar, da sie doch stets eine gewisse Dauer der Nichtbeschäftigung erfordern und es auf Grund dessen wegen Nichtnachholbarkeit dann schon zur Arbeitsunmöglichkeit kommt. Das Lösungsrecht hat also im Beschäftigungsverzugsrecht praktisch keine Bedeutung.

(2) Gleiches gilt für das arbeitnehmerische Weigerungsrecht. Über § 273 käme zwar die Zurückhaltung der Arbeitsleistung in Betracht, sie wäre jedoch als Maßnahme gegenüber sowieso nicht erfolgender Beschäftigung ohne jeden Effekt.

(3) Es bleiben Schadenersatzansprüche. § 326 ist dafür keine Grundlage; die Beschäftigungspflicht hat keine Gegenpflicht. Ebenso kommt dem § 628 Abs. 2 wegen der praktisch fehlenden Lösungsmöglichkeit keine Bedeutung zu. Auch der sich scheinbar anbietende § 286 Abs. 2 ist keine verwendbare Anspruchsgrundlage. Sein Satz 2 würde nur zur Entrichtung der Vergütung führen (§ 346 Satz 2), die

bereits durch §§ 615, 324 Abs. 2 gesichert ist. Sein Satz 1 setzt voraus, daß die gesamte vorgesehene Beschäftigung infolge des Beschäftigungsverzugs kein Interesse für den Arbeitnehmer hat. Egal, ob die Nichtbeschäftigung gleich zu Beginn oder erst im Laufe des Arbeitsverhältnisses erfolgt, eine Ablehnung der ganzen oder zumindest der gesamten restlichen Beschäftigung, für die eventuell eine entsprechende Anwendung des § 286 Abs. 2 Satz 1 in Betracht zu ziehen wäre, käme einer fristlosen Kündigung gleich, die aber spezialgesetzlich an § 626 gebunden ist, so daß eine Anwendung des § 286 Abs. 2 wegen der Sperrwirkung des § 626 nicht möglich ist. Somit bleibt einmal mehr nur § 286 Abs. 1 übrig.

Die Höhe des dem Arbeitnehmer durch den Beschäftigungsverzug entstandenen Schadens läßt sich naturgemäß nicht generell bestimmen[1]. Außer der bereits über §§ 615, 324 Abs. 2 gesicherten Vergütung kann er in der durch die Nichtausübung des Berufs verursachten Beeinträchtigung manueller Fähigkeiten des Arbeitnehmers mit nachfolgender Erschwerung des beruflichen Fortkommens bestehen[2]. Da ein solcher Schaden jedoch den Ablauf einer größeren Zeitspanne voraussetzt, hat er im Verzugsrecht keine praktische Bedeutung. Wo er diese erlangt, wird man berücksichtigen müssen, daß derartigen Tätigkeiten ein gewisses Berufsrisiko immanent ist, das schwerlich auf den im Beschäftigungsverzug befindlichen Arbeitgeber überbürdet werden kann. Außerdem ist aber auch hier der Anspruch auf den bis zum ordnungsgemäßen Ablauf des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schaden begrenzt.

---

1) Vgl. KÜCHENHOFF, ArbuR 1965, S. 137 f. unter 2 b
2) Vgl. KÜCHENHOFF, a.a.O.

4. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse beim Beschäftigungsverzug

(1) Auch beim Beschäftigungsverzug sind Schuldner- und Gläubigerverzug zu unterscheiden. Die größere Bedeutung kommt hier aber dem Gläubigerverzug zu, da er praktisch zu einer Garantiehaftung des Arbeitgebers für die Vergütung führt. Unter Gläubigerverzug ist dabei die auf dem Verhalten des Arbeitgebers beruhende rechtswidrige Verzögerung der Arbeitsleistung zu verstehen. Typische und wesentliche Elemente dieser Verzugsart sind die Nichtannahme der Arbeitsleistung, das Arbeitsangebot und die Arbeitsmöglichkeit.

Nichtannahme ist rechtlich gesehen eine Realunterlassung, die jedoch kaum als reiner Realakt sondern regelmäßig in Verbindung mit anderen Rechtshandlungen in Erscheinung tritt. Ihre praktisch bedeutsamen Erscheinungsformen sind die unwirksame Entlassung, die Ablehnung der Beschäftigung, die Nichtvornahme einer erforderlichen Mitwirkungshandlung und die Nichterfüllung wesentlicher Arbeitnehmerschutzvorschriften. Überschneidungen dieser Formen sind möglich, so daß eine scharfe Trennung nicht immer gelingt.

Eng mit der Nichtannahme verzahnt ist das Arbeitsangebot. Geht man rein formalistisch von den §§ 293 ff. aus, so stehen beide zur Herbeiführung des Beschäftigungsverzugs in Wechselwirkung: Nichtannahme und tatsächliches Arbeitsangebot führen stets sicher zum Beschäftigungsverzug; bei rechtzeitiger Mitwirkung des Arbeitgebers oder bei erklärter Nichtannahme genügen Nichtannahme und wörtliches Angebot; schließlich reicht schon die Nichtannahme allein bei nicht rechtzeitiger Mitwirkung. Wie dieser Gesetzes-

mechanismus im Fall der unwirksamen Entlassung zu handhaben ist, wird unterschiedlich beantwortet. Teilweise wird auch hier ein Arbeitsangebot zumindest in der Form eines Protestverhaltens gefordert, teilweise hält man es für entbehrlich. Das Problem liegt allein darin, ob man die unwirksame Entlassung als nicht rechtzeitige Mitwirkung des Arbeitgebers ansehen kann. Versteht man unter Mitwirkungshandlung nicht nur das aktive Tun sondern auch ein Unterlassen, so lautet diese Frage, ob zur Bewirkung der Arbeitsleistung das Unterlassen unwirksamer Entlassung erforderlich ist. Für das aktive Arbeitsverhältnis muß das auf Grund seiner ganz im Vordergrund stehenden Zeitbezüglichkeit als selbstverständlich bejaht werden; sollte ausnahmsweise ein ruhendes Arbeitsverhältnis vorliegen, treten wegen dessen zeitlicher Indifferenz die Angebotsfunktionen voll in Erscheinung, so daß es dort mangels Mitwirkungshandlung auch mindestens eines wörtlichen Angebots bedarf. In der unwirksamen Entlassung liegt kein wirksamer Verzicht auf die Arbeitsleistung. Es ist auch nicht möglich, den beim Schuldnerverzug geltenden Rechtsgedanken der Selbstmahnung auf den Annahmeverzug zu übertragen. Für die sonstigen Fälle der Nichtannahme gilt hinsichtlich der Anforderungen an das Arbeitsangebot das Gleiche wie bei der unwirksamen Entlassung.

Das Beschäftigungsverzugselement Arbeitsmöglichkeit gewinnt immer dann Bedeutung, wenn es um die Abgrenzung von Unmöglichkeit der Arbeitsleistung und Gläubigerverzug des Arbeitgebers geht. Die oft fälschlich auf diesen Grenzbereich bezogene Lehre vom Betriebsrisiko hat nicht hier sondern allein im Unmöglichkeitsrecht ihren dogmatischen Ansatzpunkt. Unmöglichkeit und damit auch ein direkter Weg zu Betriebsrisikoüberlegungen sind gegeben,

wenn die Arbeitsunmöglichkeit nicht auf der Nichtannahme beruht. Kommt eine auf Nichtannahme beruhende Arbeitsunmöglichkeit in Betracht, so handelt es sich um Gläubigerverzug, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annehmen will (typischer Fall), oder wenn er sie vorübergehend nicht annehmen kann (atypischer Fall). Um Unmöglichkeit dagegen mit dem zweiten (indirekten) Weg zu Betriebsrisikoüberlegungen handelt es sich, wenn der Arbeitgeber dauernd nicht annehmen kann. Ob dauernde oder nur vorübergehende Nichtannahme vorliegt, ist entsprechend den Grundsätzen über die Nachholbarkeit der Leistungen im Arbeitsverhältnis zu entscheiden. Allein diese zeitbezogene Wertung entscheidet über die Abgrenzung von Gläubigerverzug des Arbeitgebers und Arbeitsunmöglichkeit. Erst wenn feststeht, daß die Arbeitsannahme dauernd unmöglich ist, kann es auf diesem indirekten Weg ebenfalls nur im Rahmen der Unmöglichkeit zu Betriebsrisikoüberlegungen kommen. Die Betriebsrisikolehre hat also mit der Abgrenzung von Annahmeverzug und Arbeitsunmöglichkeit nichts zu tun.

Wird der Beschäftigungsverzug durch eine sich aus Gesetz oder Vertrag, insbesondere Tarifvertrag, ergebende Berechtigung zur Nichtannahme gerechtfertigt, treten seine Rechtsfolgen nicht ein. Gleiches gilt in Ausnahmefällen, wenn die Beschäftigungsverzögerung eintritt, weil der Arbeitgeber hochwertige Pflichten befolgen muß oder hochwertige Interessen wahrzunehmen hat. Auch eine kollektivrechtlich rechtmäßige Angriffsaussperrung im eigenen Betrieb rechtfertigt die Nichtannahme. Das Problem der Rechtmäßigkeit einer durch drittwirkenden Arbeitskampf bedingten Nichtannahme hat für den Beschäftigungsverzug praktisch keine Bedeutung.

Mit dem Ablauf des Arbeitsvertrags endet ex nunc auch der Gläubigerverzug des Arbeitgebers. Im laufenden Arbeitsverhältnis findet er sein Ende ex nunc durch nachträgliche Arbeitsannahme oder durch den Eintritt der Arbeitsunmöglichkeit. Führt der Arbeitnehmer diese Unmöglichkeit durch den Abschluß eines neuen Arbeitsvertrags herbei, treffen ihn Schuldnerverzugs- oder Unmöglichkeitssanktionen nur, wenn er die Lösungsmöglichkeit vom neuen Vertrag vorsätzlich oder grob fahrlässig als zu lang ausbedungen hat.

Die schuldnerverzugsrechtliche Erscheinungsform des Beschäftigungsverzugs liegt vor bei rechtswidriger, vom Arbeitgeber zu vertretender Verzögerung der Beschäftigungspflicht. Gegenüber der gläubigerverzugsrechtlichen Erscheinungsform ist ihre Bedeutung gering. Es muß sich um vorübergehende Nichtbeschäftigung handeln. Bei Schlechtbeschäftigung liegt i.d.R. Gläubigerverzug vor, eventuell auch PVV. Der Arbeitgeber muß beweisen, daß ihn an der Verzögerung kein Verschulden trifft. §§ 615, 323 ff. sind hier nicht anwendbar.

(2) Bei Geltendmachung seiner Rechte aus dem Beschäftigungsverzug muß der Arbeitnehmer stets die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes beachten. Fällt er unter dieses Gesetz, gilt auch eine unwirksame Kündigung als von Anfang an wirksam, wenn nicht innerhalb der Dreiwochenfrist Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung erhoben wird.

Die Rechtswirkungen des Beschäftigungsverzugs bestimmen sich in erster Linie nach § 615, dem aber vertragliche Regelungen oder gesetzliche Spezialbestimmungen, wie z.B. § 12 Abs. 1 Nr. 2 a BBiG, vorgehen. § 615 hat drei

Regelungsfunktionen. Er befreit den Arbeitnehmer von der Nachleistung (Befreiungsfunktion). Er hält den vertraglich begründeten Vergütungsanspruch aufrecht (Ausgleichsfunktion), mindert diesen aber um einen eventuell beim Arbeitnehmer durch den Beschäftigungsverzug entstandenen Gewinn gegenüber dem ungestörten Verlauf des Arbeitsverhältnisses (Minderungsfunktion). Als Gewinn zählt dabei auch, was der Arbeitnehmer böswillig zu erwerben unterläßt. Um Böswilligkeit handelt es sich aber nur, wenn objektiv Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit anderer Arbeit und Nachteilsfolgen für den Arbeitgeber vorlagen und subjektiv der Arbeitnehmer trotz positiver Kenntnis dieser Umstände nicht anderweitig gearbeitet hat. Das Element der Zumutbarkeit kann nicht generell begrifflich erfaßt werden, es bietet aber den Ansatzpunkt für eine Interessenabwägung im Einzelfall, wobei Treu und Glauben ebenso zu berücksichtigen sind wie das Grundrecht der freien Arbeitsplatzwahl, so daß Zumutbarkeit nicht gegeben ist, wenn der Arbeitnehmer nur durch den Beschäftigungsverzug zu einer anderen Arbeit genötigt würde, die er im Normalfall bei vernünftiger Erwägung nicht angenommen hätte. Der Arbeitgeber hat die Böswilligkeit voll zu beweisen, ein Anscheinsbeweis genügt nicht. Bei Beachtung dieser gebotenen engen Auslegung des § 615 Satz 2 sind Gründe für seine Abschaffung nicht vorhanden.

§ 615 regelt die Zeitspanne vom Eintritt des Beschäftigungsverzugs bis zu dessen Ende. Wird dieses durch Arbeitsunmöglichkeit herbeigeführt, geht von da an die Vergütungsgefahr nach § 324 Abs. 2 auf den Arbeitgeber über. Er muß also die Vergütung dann auch bezahlen, wenn die Arbeitsunmöglichkeit weder von ihm noch vom Arbeitnehmer (§ 300 Abs. 1) zu vertreten ist. Wird die Arbeit wieder

möglich, dauert der Beschäftigungsverzug aber noch an, greift wieder § 615 ein. Damit sind die Regelungsbereiche von § 615 und § 324 Abs. 2 klar abgegrenzt und führen auch im Arbeitsverhältnis zu eindeutigen Ergebnissen.

Wird der Beschäftigungsverzug durch einen Lohnfortzahlungsfall beendet, kommt es von da an weder zur Anwendung des § 615 noch zum Übergang der Vergütungsgefahr nach § 324 Abs. 2. Beide Bestimmungen dienen der Aufrechterhaltung des ursprünglichen Vergütungsanspruchs und begründen keinen selbständigen Anspruch. Aufrechterhalten wird der Vergütungsanspruch aber insbesondere auch mit der ihm immanenten Erlöschensmöglichkeit nach § 323 Abs. 1, diese wiederum gemildert durch die Lohnfortzahlungsbestimmungen. Diese greifen also stets und unabhängig davon ein, ob eine Aufrechterhaltung stattgefunden hat oder nicht. Lohnfortzahlungsfälle werden also auch während des Beschäftigungsverzugs nur durch die Lohnfortzahlungsbestimmungen geregelt, obwohl diese Bestimmungen genau genommen keine leges speciales zu den §§ 324 Abs. 2, 615 sind. Das Gleiche gilt, wenn der Lohnfortzahlungsfall erst eintritt, nachdem es während des Beschäftigungsverzugs zunächst zur Arbeitsunmöglichkeit gekommen war.

Der Beschäftigungsverzug läßt den Urlaubsanspruch unberührt. Die schuldnerverzugsrechtliche Komponente des Beschäftigungsverzugs bewirkt regelmäßig weder ein Lösungsrecht noch ein praktisch bedeutsames Weigerungsrecht, sie kann aber zum Schadenersatzanspruch über § 286 Abs. 1 führen, wenn durch längere Nichtbeschäftigung die Arbeitsfähigkeit als solche beeinträchtigt wird, wie z.B. bei manuell tätigen Arbeitnehmern.

F Schluß: Gesamtwürdigung der Ergebnisse und daraus zu ziehende Folgerungen im Hinblick auf eine arbeitsvertragsrechtliche Kodifikation

I. Würdigung der Ergebnisse

Die Untersuchung ergibt, daß die Anwendung der Verzugsbestimmungen des BGB auf das Arbeitsverhältnis zu sinnvollen Ergebnissen führen kann. Um diese Ergebnisse zu erzielen, muß allerdings stets der Doppelfunktion der Zeit beim Verzug im Arbeitsverhältnis Rechnung getragen werden.

Die Zeit kommt im Arbeitsverhältnis einerseits schon über dessen Dauercharakter zur Ausprägung, andererseits erhält sie dort beim Verzuge ein weiteres Wirkungsfeld. Die zahlreichen sich durch diese doppelte Bindung des Arbeitsverhältnisses an die Zeit ergebenden Probleme können durchaus bei sachgerechter Auslegung und Ergänzung des BGB sinnvoll gelöst werden. So wurde kein Fall gefunden, der eine Lösung des arbeitsrechtlichen Schuldner- und Gläubigerverzugs außerhalb des BGB erfordert hätte. Im Gegenteil wurde gezeigt, daß sich auch bisher unabhängig vom BGB vollzogene arbeitsrechtliche Lösungen durchaus dem System des BGB einfügen lassen. So hat die Betriebsrisikolehre dort ebenso ihren dogmatischen Ansatzpunkt (S. 170), wie es auch dem BGB entspricht, daß Annahmeverzug des Arbeitgebers im aktiven Arbeitsverhältnis stets ohne Angebot eintritt (S. 156 f. und 159 ff.). Darüber hinaus konnte nachgewiesen werden, daß sich die Regelungsfunktionen der Lohnfortzahlungsbestimmungen und der §§ 615, 324 Abs. 2 nicht überschnei-

den (S.191ff), und daß auch das Institut des Schuldnerverzugs im Arbeitsverhältnis durchaus eine berechtigte Existenz hat (S. 93 mit 82 ff.).

Es darf aber nicht übersehen werden, daß diese Ergebnisse erst nach langwieriger Einordnung der einzelnen arbeitsrechtlichen Lebenssachverhalte und nach genauer Untersuchung des Wirkungsbereichs der einzelnen BGB-Vorschriften gewonnen werden konnten. Für ein dynamisches Arbeitsleben, das dem Einzelnen zu derart vertiefter Betrachtung wohl kaum Zeit gewährt, erweist sich die BGB-Verzugssystematik damit als zu schwerfällig und zu unübersichtlich. Infolgedessen hat sich im Arbeitsrecht in Verzugsfragen eine zunehmende Rechtsunsicherheit[1] verbreitet, die durch ein sich allmählich bildendes Gewohnheitsrecht zum "Arbeitsvertragsbruch" überspielt zu werden droht. Deshalb ist nicht nur allgemein[2] sondern besonders auch aus der Sicht des Verzugsrechts heraus eine Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts als dringend notwendig zu bezeichnen.

II. Erkenntnisse im Hinblick auf eine arbeitsvertragsrechtliche Kodifikation

Die Untersuchung zeigt schließlich deutlich, daß die Fortentwicklung der Dogmatik im bürgerlichen Recht am Arbeitsvertragsrecht nicht spurlos vorübergehen kann. Es ist daher verfehlt, diese Dogmatik im Arbeitsvertragsrecht nicht umfassend zur Kenntnis zu nehmen[3]. Auch be-

---

1) Dazu vgl. ADOMEIT, S. 165 unter 5 und 6
2) Vgl. SCHNORR v. CAROLSFELD, RdA 1964, 305 unter C, Abs. 2
3) Vgl. FABRICIUS, Leistungsstörungen, A, S. 1 unten

deutet die Lösung bzw. Entfernung vom BGB gerade für die wissenschaftliche Durchdringung des Arbeitsvertragsrechts eine nicht zu unterschätzende Gefahr. Um unübersehbare Ausuferungen, die die Rechtsunsicherheit nur fördern würden, zu vermeiden, sollte man daher stets auf die Harmonie zwischen den neuen Bestimmungen und dem BGB bedacht sein[1].

Um diese Harmonie nicht zu gefährden, tut der Gesetzgeber gut daran, mit der Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts abzuwarten, bis sich in etwa eine Klärung der zahlreichen Probleme abzeichnet. Einer solchen Klärung für das Verzugsrecht soll diese Untersuchung dienen. Sie ist sicher nicht zufällig zugunsten der "BGB-Lösung" ausgefallen, denn hat das BGB die letzten wohl nicht gerade ruhigen 70 Jahre überstanden, so scheint es schlecht vorstellbar, daß sein abstraktes System bei sachgerechter Ergänzung nicht auch zur Regelung des Arbeitsverhältnisrechts geeignet sein soll.

Eine Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts wäre im Interesse der Rechtssicherheit begrüßenswert. Sie sollte jedoch nicht eher erfolgen, als eine Harmonie zwischen diesem Rechtsgebiet und dem BGB hergestellt ist. Andernfalls besteht die Gefahr, daß die arbeitsvertragsrechtliche Kodifikation stets durch Fortentwicklung und Vertiefung des BGB-Systems unterwandert wird. Einer nicht im Einklang mit dem BGB stehenden Arbeitsvertragsrechtskodifikation wäre deshalb ein unruhiges und wohl auch kurzes Dasein gewiß.

---

1) Vgl. BYDLINSKY, S. 48 f.

Lebenslauf

Am 9. Mai 1938 wurde ich als Sohn des Fritz-Severin Schroeder und seiner Ehefrau Erna geb. von Harlessem in Kassel geboren. Meine Staatsangehörigkeit ist deutsch.

Meine Mutter brachte mich wegen der Kriegswirren im Jahre 1943 auf den Gutshof meines Großvaters Franz von Harlessem in Kattenvenne bei Münster (Westf.). Im Anschluß an die Volksschule besuchte ich dort seit 1952 die "Staatliche Graf-Adolf-Schule" in Tecklenburg und wechselte nach dem Tode meines Großvaters 1955 auf das Gymnasium "Steinmühle" in Marburg (Lahn), wo ich am 18. März 1958 die Reifeprüfung ablegte.

Anschließend studierte ich in München 8 Semester Physik und 8 Semester Jura. Das Studium beendete ich am 10. August 1966 mit dem ersten juristischen Staatsexamen in München. Danach war ich Rechtsreferendar in München und legte dort am 15. Oktober 1969 das zweite juristische Staatsexamen ab. Während der Referendarzeit studierte ich 2 Semester als Gast an der Universität Münster. Am 14. November 1969 wurde ich zur Rechtsanwaltschaft zugelassen.